

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

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

**DERECHO
PROCESAL PENAL
LECCIONES**

TERCERA EDICIÓN
2024

TOMO I



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

DERECHO PROCESAL PENAL LECCIONES

TERCERA EDICIÓN
2024

TOMO I

CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

COORDINADOR
ALEJANDRO MARTÍN OLIVA NAVARRO



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

© CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

DISEÑO DE PORTADA, DIAGRAMACIÓN

JULISSA VICTORIA RICOPA PACAYA
YEMELY YOANY JACOBO LEY

CORRECCIÓN DE ESTILO

MARTÍN JESÚS SÁNCHEZ RÍOS

EDITORES

- © INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES
CALLE OROPENDOLAS 160
SAN ISIDRO. LIMA - PERÚ
- © CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
LETRAS Y HUMANIDADES
CALLE OROPENDOLAS 160
SAN ISIDRO. LIMA - PERÚ

TERCERA EDICIÓN: JUNIO 2024

TIRAJE: 2000 EJEMPLARES

ISBN: 978-612-49045-1-6

IMPRESIÓN: ORTEGA ARTES GRÁFICAS S.A.C.
CAL. CARLOS ARRIETA NRO. 134, URB. ESTELLA MARIS - ETAPA UNO
BELLAVISTA, CALLAO

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

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

ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas y convencionalismos utilizados.....	XXIX
Presentación editorial Prof. Dr. D. Miguel Rafael Pérez Arroyo	XXXI
Prólogo a la tercera edición	XXXV

PARTE PRIMERA DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIÓN

LECCIÓN PRIMERA DERECHO PROCESAL PENAL

I.	DERECHO PROCESAL	
1.	Conceptos fundamentales	3
2.	Definición de derecho procesal	5
II.	DERECHO PROCESAL PENAL	
1.	Definición	7
2.	Autonomía del derecho procesal penal	7
3.	Extensión del derecho procesal penal	9
4.	Función del derecho procesal penal.....	9
4.1	Derecho penal y derecho procesal penal	10
4.2	Ámbito funcional del derecho procesal penal	11
5.	Esencia del derecho procesal penal	13
6.	Metas y medios del derecho procesal penal.....	15
7.	Fuentes del derecho procesal penal	17
7.1.	Concepto. Legalidad procesal penal	17
7.2.	Las otras fuentes del derecho procesal	19
III.	FINALIDAD DEL DERECHO PROCESAL PENAL	22

**LECCIÓN SEGUNDA
NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL**

I.	NORMAS PROCESALES. ASPECTOS GENERALES	
	1. Contenido	25
	2. Clasificación	26
	3. Naturaleza	27
	4. Preceptos procesales del Código Penal	28
II.	EFICACIA DE LAS NORMAS PROCESALES	
	1. Aspectos generales	29
	2. Eficacia espacial de las normas procesales	29
	3. Eficacia temporal de las normas procesales	30
	3.1. Bases constitucionales y legales	30
	3.2. Progresividad y favorabilidad	33
	4. Eficacia personal de las normas procesales	35
III.	INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES	
	1. Aspectos generales de la interpretación de las normas procesales	38
	2. Aspectos específicos de la interpretación de las normas procesales	40
IV.	EL PROCESO PENAL	42
V.	EL SISTEMA PROCESAL PENAL	44

**LECCIÓN TERCERA
CONSTITUCIÓN, PRINCIPIOS Y
GARANTÍAS PROCESALES**

I.	PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN	
	1. Aspectos generales	53
	1.1. Planteamiento básico	53
	1.2. Conflictos constitucionales en el proceso penal	54
II.	PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL	
	1. Concepto	58
	2. Clasificación	61
	3. Principios de necesidad y oficialidad	62

4.	Principios de legalidad u obligatoriedad vs. de oportunidad	64
4.1.	Principio de legalidad u obligatoriedad	64
4.2.	Principio de oportunidad reglada	65
5.	Principios de aportación de parte y de investigación de los hechos	67
6.	Principios estructurales del proceso	71
6.1.	Principio de dualidad.....	71
6.2.	Principio de contradicción	72
6.3.	Principio de igualdad de armas procesales	73
6.4.	Principio de eficacia de la serie procedimental.....	75
7.	Principio relativo a la configuración del objeto procesal: el acusatorio	76
7.1.	Concepto	76
7.2.	Notas esenciales	77
8.	Principio de valoración libre de la prueba.....	81
9.	Principio de oralidad en el proceso penal	83
9.1.	Aspectos Generales	83
9.2.	Oralidad y procedimiento probatorio	94
9.3.	Oralidad y formación de la causa	109
9.4.	Oralidad y realidad procesal	112
10.	Principio de inmediación	119
11.	Principio de concentración	123
12.	Principio de publicidad	124

III. GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL

1.	Definición y alcance de las garantías procesales penales	129
2.	Clasificación de las garantías procesales	130
3.	Garantía del debido proceso	131
3.1.	Concepto y alcances	131
3.2.	Juez legal	133
3.3.	Juez imparcial	136
3.4.	Plazo razonable	140
3.5.	<i>Non bis in idem procesal</i> o interdicción de la persecución penal múltiple	145
3.6.	Derecho al recurso: doble grado de jurisdicción	147
3.7.	Legalidad procesal penal	149
4.	Garantía de tutela jurisdiccional	150
4.1.	Concepto y contenido	150
4.2.	Derecho al proceso	151
4.3.	Derecho a una sentencia fundada en derecho	152

4.4.	Derecho a acceso a los recursos legalmente previstos	156
4.5.	Derecho a la firmeza, la invariabilidad y la cosa juzgada	156
4.6	Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales	157
5.	Garantía de la presunción de inocencia	157
5.1.	Concepto y manifestaciones	157
5.2.	Presunción de inocencia como regla de prueba	159
5.3.	Presunción de inocencia como regla de juicio. El <i>in dubio pro reo</i> ..	162
5.4.	Presunción de inocencia e impugnación.....	163
6.	Garantía de defensa procesal	164
6.1.	Concepto y contenido	164
6.2.	Presupuesto de la garantía de defensa procesal	166
6.3.	Derecho instrumental de la garantía de defensa procesal	170
6.3.1.	Derecho de defensa técnica y de autodefensa	170
6.3.2.	Derecho a probar y controlar la prueba	174
6.3.3.	Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable	177
IV.	TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	183

PARTE SEGUNDA
EL ÓRGANO JURISDICCIONAL PENAL:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

LECCIÓN CUARTA
PRESUPUESTOS PROCESALES Y JURISDICCIÓN PENAL

I.	PRESUPUESTOS PROCESALES	
1.	Concepto y alcances	189
2.	Clasificación	190
II.	REGULACIÓN	190
III.	JURISDICCIÓN PENAL	
1.	Antecedentes	191
2.	Definición	193
3.	Órganos jurisdiccionales penales	194
4.	Extensión y límites de la jurisdicción penal	195
4.1.	Extensión de la jurisdicción penal	195
4.2.	Límites de la jurisdicción penal	195

4.2.1. Criterio objetivo	196
4.2.2. Criterio territorial	196
4.2.3. Criterio subjetivo	198
IV. JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL	
1. Aspectos fundamentales	198
2. El delito militar	200
3. Conflictos de jurisdicción	202
3.1 Concepto	202
3.2 Decisión	202
3.3 Criterios de definición	202
3.4 Precisiones adicionales	203
LECCIÓN QUINTA	
COMPETENCIA PENAL	
I. CONCEPTO Y ALCANCES.....	207
II. COMPETENCIA OBJETIVA	
1. Concepto	209
2. Criterios	209
2.1. Criterio por razón de la persona del imputado: <i>Ratione personae</i>	210
2.2. Criterio general por razón de la materia: <i>Ratione materiae general</i>	210
2.3. Criterio especial por razón de la materia: <i>Ratione materiae especial</i> ...	210
III. COMPETENCIA FUNCIONAL	
1. Concepto	211
2. Manifestaciones de la competencia funcional	212
2.1. Proceso penal declarativo	212
2.2. Proceso penal de ejecución	213
2.3. Proceso penal de protección provisional o coerción	213
IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL	214
V. COMPETENCIA TERRITORIAL	
1. Fueros ordinarios generales	215
2. Fueros ordinarios especiales y el sistema especializado en corrupción de funcionarios	216

3.	Fueros extraordinarios	219
4.	Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial	220
VI.	NORMAS DE REPARTO.....	220
VII.	COMPETENCIA POR CONEXIÓN	
1.	Concepto	221
2.	Hechos punibles conexos	223
3.	Reglas de competencia por conexidad procesal	223
3.1.	Competencia objetiva	224
3.2.	Competencia territorial.....	225
VIII.	CUESTIONES DE COMPETENCIA	
1.	Concepto.....	226
2.	Declinatoria de competencia.....	228
3.	Transferencia de competencia.....	229
4.	Contienda de competencia.....	231
5.	Acumulación procesal	232
6.	Inhibición y recusación	235
6.1.	Definición y alcance.....	235
6.2.	Sistema de recusación del CPP.....	239
6.3.	Causas o motivos de inhibición y recusación.....	241
6.4.	Procedimiento de la inhibición y recusación	244
6.4.1.	Inhibición	244
6.4.2.	Recusación	245
6.5.	Efectos de la recusación de la inhibición y recusación.....	247
6.6.	Extensión de la inhibición y recusación.....	248

**PARTE TERCERA
LAS PARTES PROCESALES**

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

I.	CONCEPTO	
1.	Alcances	251
2.	Concepto	252

II.	REGULACIÓN	
	1. Descripción normativa.....	253
	2. Denominación utilizada.....	254
III.	CLASIFICACIÓN	
	1. Criterios de clasificación	255
	2. Partes y posición procesal.....	255
	2.1. Las partes penales.....	256
	2.2. Las partes civiles.....	257
	3. Partes y necesidad de su intervención	258
	4. Partes y carácter de su intervención	258

**LECCIÓN SÉPTIMA
LAS PARTES ACUSADORAS**

I.	EL MINISTERIO PÚBLICO	
	1. Concepto y configuración institucional.....	263
	1.1. Concepto.....	263
	1.2. Institucionalidad del Ministerio Público	265
	2. Actividad y legitimación.....	268
	2.1. Roles del Ministerio Público	268
	2.1.1. La investigación preparatoria	269
	2.1.1.A. Conductor de la investigación preparatoria	269
	2.1.1.B. La reforma del Decreto Legislativo 1605	271
	2.1.2. Acusador público.....	273
	2.1.3. Parte del recurso	274
	2.2. Capacidad y legitimación del Ministerio Público	275
	2.3. Ministerio Público y Policía	275
	2.4. Ministerio Público y excusa.....	277
	2.5. Ministerio Público y facultades coercitivas	278
	2.5.1. Medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos	278
	2.5.2. Citación compulsiva.....	279
II.	LA POLICÍA NACIONAL	
	1. Aspectos generales.....	279
	2. La función policial de investigación del delito	281

3.	Las atribuciones de la Policía de Investigación.....	283
4.	La función criminalística de la Policía Nacional	287
4.1	Nociones generales.....	287
4.2	Decreto Legislativo 1220	287
4.3	Decreto Legislativo 1606	288
III.	EL QUERELLANTE PARTICULAR	
1.	Base legal	289
2.	Precisiones conceptuales.....	290
IV.	EL ACTOR CIVIL	
1.	Base legal	292
2.	Precisiones conceptuales.....	293
3.	Víctima y proceso penal.....	295
3.1.	Aspectos generales.....	295
3.2.	Víctima y reparación.....	304
3.3.	Víctima e intervención procesal	312
LECCIÓN OCTAVA		
LAS PARTES ACUSADAS		
I.	EL IMPUTADO	
1.	Concepto	317
2.	Capacidad	319
2.1.	Capacidad para ser parte	319
2.2.	Capacidad procesal	319
2.3.	Legitimación pasiva	321
2.4.	Postulación	321
3.	Derechos	322
3.1.	Derechos de participación.....	322
3.2.	Derechos de actuación pasivos	324
3.3.	Derechos de protección frente a los medios de comunicación	325
4.	Deberes.....	326
4.1.	Moralidad procesal.....	326
4.2.	Presencia y ausencia del imputado.....	326
II.	EL ABOGADO DEFENSOR	
1.	Concepto	328

2.	Posición procesal del abogado defensor	328
3.	Derechos y deberes del abogado defensor	329
4.	Defensor voluntario y defensor necesario	330
5.	Reemplazo, exclusión, sanción, sustitución y expulsión del abogado defensor	330
III.	LA PERSONA JURÍDICA	
1.	Planteamiento	332
2.	Incorporación como parte del responsable civil	332
3.	Procedimiento ulterior	333
4.	Derechos y garantías	334
5.	La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas	335
IV.	LAS PARTES CIVILES	
1.	Planteamiento	343
2.	El tercero civil responsable	345
3.	Incorporación como parte del responsable civil	345
4.	Procedimiento ulterior	346
5.	Derechos y garantías	346
V.	AUDIENCIAS Y SU CLASIFICACIÓN	347

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

**LECCIÓN NOVENA
ACCIÓN PENAL Y ACCIÓN CIVIL**

I.	ACCIÓN PENAL	
1.	Aspectos generales	353
1.1.	Concepto	353
1.2.	Alcance	353
1.3.	Contenido	355
2.	Modalidad de ejercicio	355
3.	Principios informativos	357
4.	Características	358
5.	Las causales de extinción de la acción penal y los presupuestos procesales	358

5.1. Interrelación entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal	358
5.2. Legislación nacional	360
II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	
1. Concepto y justificación	361
2. El artículo 2 CPP	365
2.1. Criterios de oportunidad	365
2.1.1. Primer grupo	366
2.1.2. Segundo grupo	368
2.2. Momento procesal	369
III. ACCIÓN CIVIL EX DELICTO	
1. Planteamientos básicos	370
1.1. Bases históricas	370
1.2. Conclusiones	372
2. Naturaleza de la acción civil <i>ex delicto</i>	374
3. Reparación civil y ejercicio de la acción civil <i>ex delicto</i>	377
3.1. Presupuestos legales	377
3.2. Perspectivas procesales	377
3.3. La declaración de nulidad de actos jurídicos post delictivos	378
4. Adiciones – Delitos privados y delitos semipúblicos	378
4.1. Identificación	378
4.2. Los delitos privados	379
4.3. Los delitos semipúblicos	379
5. Legitimación activa y pasiva	380
5.1. Legitimación activa	380
5.2. Legitimación pasiva	382
6. La petición en la acción civil <i>ex delicto</i>	383
7. La causa de pedir en la acción civil <i>ex delicto</i>	384
8. Competencia funcional	384
9. Adiciones	385
IV. CUESTIÓN PREVIA	
1. Introducción	387
2. Concepto	387
3. Requisito o condición de procedibilidad	388
4. Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad	389

V.	CUESTIÓN PREJUDICIAL	
1.	Concepto	390
2.	Requisitos	391
3.	Clases	392
3.1.	Causas prejudiciales homogéneas y heterogéneas.....	392
3.2.	Causas prejudiciales devolutivas e incidentales	392
3.2.1.	Cuestiones prejudiciales devolutivas.....	393
3.2.2.	Cuestiones prejudiciales no devolutivas.....	394
4.	Tratamiento procedimental	394
VI.	EXCEPCIONES	
1.	Concepto	395
2.	Clasificación	396
2.1.	Aspectos generales.....	396
2.2.	Excepción de naturaleza de juicio.....	397
2.3.	Excepción de naturaleza de amnistía	398
2.4.	Excepción de cosa juzgada	398
2.5.	Excepción de prescripción.....	398
2.6.	Excepción de improcedencia de acción	399
3.	Tratamiento procedimental	401
4.	Presupuesto y trámite de las cuestiones referentes a la persecución penal	401

**LECCIÓN DÉCIMA
OBJETO PROCESAL**

I.	CONCEPTO	403
II.	OBJETO PENAL	
1.	Concepto.....	404
2.	Elementos esenciales	404
3.	Funciones	406
III.	OBJETO CIVIL	
1.	Concepto	407
2.	Pretensión civil.....	407
2.1.	Definición y alcance.....	407

2.2. Pretensión civil anulatoria excepcional	408
2.3. Régimen procesal	409
3. Identificación. Elementos esenciales	409

PARTE QUINTA
ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL
(EL PROCESO COMÚN)

LECCIÓN UNDÉCIMA
TEORÍA GENERAL

I. EL PROCESO PENAL	415
II. CLASES DE PROCESO PENAL	416
III. EL PROCESO PENAL COMÚN DECLARATIVO DE CONDENA	416

LECCIÓN DUODÉCIMA
EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. INTRODUCCIÓN	
1. Regulación legal	419
2. Aspecto fundamental	419
3. Definición y finalidad	421
3.1. Bases	421
3.2. Definición	422
3.3. Finalidad	423
4. Funciones	423
5. Contenido	424
6. Notas características	425
6.1. Carácter preparatorio de la investigación	425
6.2. El principio de la documentación	425
6.3. El principio de la investigación de oficio	426
6.4. El principio del secreto de las actuaciones	426
7. Facultades coercitivas	428
8. Funciones del juez de la investigación preparatoria	429

II.	ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	
1.	La denuncia	429
2.	Actos iniciales y diligencias preliminares.....	430
2.1.	Actos iniciales	430
2.2.	Diligencias preliminares.....	431
2.2.1.	Definición y alcances	431
2.2.2.	Control del plazo	434
2.3.	La inspección preliminar.....	435
2.4.	Actuación policial e informe policial	436
2.5.	La disposición de archivo	439
2.6.	Impugnación de la disposición de archivo.....	439
2.7.	La acusación directa.....	441
3.	La investigación preparatoria formalizada. La disposición fiscal.....	442
3.1.	La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria .	442
3.2.	Las diligencias de la investigación preparatoria.....	445
3.3.	La tutela de derechos y la disposición de formalización de la investigación preparatoria	446
III.	POLICÍA NACIONAL Y MINISTERIO PÚBLICO	
1.	Ámbito de las relaciones funcionales entre ambas instituciones	448
2.	Principales funciones genéricas del Ministerio Público	450
3.	Diligencias preliminares	450
3.1.	Las diligencias de prevención	450
3.2.	Identificación de las diligencias policiales de investigación	451
IV.	ACTOS DE INVESTIGACIÓN	
1.	Concepto y clases.....	451
2.	Actos de investigación comunes	461
3.	Actos de investigación limitativas de derechos	462
V.	BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS	
1.	Conceptos generales	463
2.	Presupuestos generales para la adopción de las medidas de búsqueda de pruebas	466
3.	Clasificación de las medidas	468
4.	Procedimiento de habilitación de medidas	472
5.	El control de identidad y la videovigilancia	473
5.1.	Aspectos generales	473

5.2. Control de identidad policial	473
5.3. Control policial público en delitos graves	476
6. La video vigilancia	477
7. La intervención de las comunicaciones telefónicas.....	478
7.1. Referencia constitucional	478
7.2. El derecho a la intimidad	479
7.3. El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones .	481
7.4. Titularidad y límites del derecho.....	482
7.5. Delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones.....	483
7.6. Extensión de la protección constitucional	485
7.7. La intervención de las comunicaciones.....	488
7.8. Garantías de la interceptación de las comunicaciones.....	489
7.9. Garantías de la intervención de comunicaciones	492
7.10. Presupuestos y requisitos de la intervención de las comunicaciones	493
7.11. Presupuestos constitucionales de la intervención de comunicaciones	493
7.11.1. Reserva jurisdiccional absoluta	494
7.11.2. Resolución judicial	495
7.11.3. Proporcionalidad	500
7.11.4. Especialidad	502
7.12. Tutela penal	504
7.13. Inutilización probatoria.....	505
7.14. La intervención de comunicaciones.....	506
7.15. Legalidad procesal.....	508
7.16. Presupuestos	509
7.17. Naturaleza jurídica de la intervención telefónica	509
7.18. La intervención telefónica.....	510
7.19. Requerimiento fiscal y auto judicial	511
7.20. Ejecución de la medida (artículo 231 del CPP).....	512
7.21. Intervención del afectado.....	513
7.22. La reforma operada por el Decreto Legislativo 1605	514
7.22.1. Nociones Generales	514
7.22.2. Intervención de comunicaciones. Presupuestos	514
8. Diligencia de allanamiento y registro.....	516
8.1. Diligencia de allanamiento. Concepto	516
8.2. Finalidad	519

8.3. Elementos subjetivos.....	519
8.4. Objeto material.....	522
8.5. Requisitos formales.....	526
8.6. Consentimiento.....	529
8.7. El estado de necesidad.....	531
8.8. El allanamiento en flagrancia delictiva o de inminencia delictiva...	532
9. Los allanamientos inconstitucionales.....	535
10. Registro e intervención corporal.....	537
10.1. El registro corporal.....	537
10.2. La intervención corporal.....	540
10.3. La intervención corporal a terceros.....	546
11. La prueba de alcoholemia.....	547
12. Las pesquisas.....	551
12.1. Aspectos generales.....	551
12.2. Inspecciones y pesquisas.....	551
12.3. Retenciones.....	552
12.4. Registro de personas.....	552

VI. CADENA DE CUSTODIA

1. Bases legales y conceptuales previas.....	554
2. La cadena de custodia: definición y alcances.....	557
3. La ruptura de la cadena de custodia.....	560

VII. ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

1. Aspectos generales.....	563
1.1 Fundamento.....	563
1.2. Crimen organizado y nuevas tecnologías investigativas.....	566
2. El agente encubierto o especial.....	567
2.1. Definición.....	567
2.2. Regulación legal.....	570
2.3. Valoración.....	572
2.4. Exención de responsabilidad.....	576
2.5. Algunos problemas probatorios.....	577
2.5.1. Efectos probatorios.....	577
2.5.2. La ilicitud probatoria derivada de la infiltración.....	577
2.5.3. Testimonial del agente encubierto.....	578
2.6. Problemas probatorios.....	578

2.6.1. Efectos probatorios	578
2.6.2. Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial.....	578
2.6.3. Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación.....	579
2.6.4. Identificación y recogida del cuerpo del delito	579
2.6.5. Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida	579
3. La circulación y entrega vigilada.....	579
3.1. Definición	579
3.2. Objeto	581
3.3. Procedimiento	581
3.4. Envíos postales.....	581
4. Las operaciones encubiertas.....	582
4.1. Definición	582
4.2. Procedimiento	583
4.3. Valoración.....	583
5. Operativo de revelación del delito	584
5.1. Definición	584
5.2. Notas características	584

VIII. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. El plazo	585
2. El proceso complejo.....	586
3. El proceso contra organizaciones criminales	586
4. La determinación del plazo	586
5. La intervención del juez de la investigación preparatoria	587
6. Investigación preparatoria y control del plazo.....	587
6.1. Aspectos generales.....	587
6.2. Plazo de las Diligencias Preliminares	592
6.3. Plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada.....	597

LECCIÓN DÉCIMA TERCERA PROCEDIMIENTO INTERMEDIO

I. ASPECTOS GENERALES

1. Concepto.....	603
2. Resultado	605

3.	Funciones	606
3.1.	Función principal	606
3.2.	Función secundaria o accesoria	606
4.	Características	607
5.	Sistema adoptado	608
6.	Fases	610
7.	Procedimiento.....	611
II. EL SOBRESEIMIENTO		
1.	Concepto	611
2.	Notas esenciales	612
3.	Clases de sobreseimiento.....	613
4.	Efectos	613
5.	Recursos	614
6.	Presupuestos	614
6.1.	Enumeración	614
6.2.	Elementos constitutivos	614
7.	Audiencia preliminar de control del requerimiento de sobreseimiento....	617
8.	Decisión del juez de la investigación preparatoria.....	618
III. LA ACUSACIÓN FISCAL		
1.	Aspectos generales.....	619
1.1.	Introducción.....	619
1.2.	Referencias normativas	621
1.3.	Concepto.....	622
2.	Presupuestos del objeto procesal	623
3.	Contenido de la acusación	627
4.	Acusación y juicio oral	630
5.	Audiencia preliminar de control de la acusación.....	634
5.1.	Objeto	634
5.2.	Pasos previos.....	634
5.3.	Características.....	635
5.4.	Desarrollo	636
6.	Decisiones tras la audiencia preliminar.....	636
6.1.	Regla general.....	636
6.2.	Ámbitos específicos.....	636
6.3.	Impugnación contra las resoluciones intermedias	638

7.	Las convenciones probatorias	642
7.1.	Aspectos previos	642
7.1.1.	Principio de verdad material y principio de investigación ..	642
7.1.2.	Lógica procesal penal	642
7.2.	Alcance de la convención o estipulación probatoria	643
7.2.1.	Presentación	643
7.2.2.	Regulación Legal	643
7.2.3.	Definición	644
7.2.4.	Alcance	644
7.2.5.	Límites	646
7.2.6.	Requisito formal	646
IV.	EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO	
1.	Concepto	647
2.	Efectos.....	647
3.	Contenido	647
4.	Remisión de actuaciones	648
V.	EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO	648

LECCIÓN DÉCIMA CUARTA

EL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL (JUICIO ORAL)

I.	ASPECTOS BÁSICOS	
1.	Concepto	651
2.	Principios	653
3.	Regulación legal.....	655
4.	Técnicas de intervención de las partes en el procedimiento principal	655
II.	RÉGIMEN JURÍDICO DEL JUICIO ORAL	
1.	Definición	656
2.	Análisis de los regímenes del procedimiento principal	657
2.1.	Régimen de la publicidad.....	657
2.2.	Régimen de la concentración	658
2.3.	Régimen de la concurrencia de los sujetos procesales	660
2.4.	Régimen de los incidentes.....	661
2.5.	Régimen disciplinario	662
2.6.	Régimen de dirección, poder discrecional y auxilio jurisdiccional..	663

2.6.1. Poder de dirección	663
2.6.2. Poder discrecional.....	663
2.6.3. Auxilio jurisdiccional.....	664
2.7. Régimen de documentación del juicio	664
2.7.1. Registro de actuaciones.....	664
2.7.2. Intervención y peticiones de las partes	665
2.7.3. Resoluciones dictadas en la audiencia	665

III. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL

1. Estructura del juicio oral.....	665
2. El periodo inicial.....	666
2.1. Actos preparatorios o preliminares del juicio	666
2.2. Actos de instalación y apertura del juicio	667
2.3. Alegatos preliminares o de apertura	667
2.4. Actos del deber judicial de instrucción	668
2.5. Conformidad	668
2.6. Características de la conformidad	670
2.7. Actos de ofrecimiento de prueba	671
3. El periodo probatorio.....	672
3.1. Método de la actuación probatoria	672
3.2. Declaración del acusado	672
3.3. Declaración del testigo	673
3.4. Examen del perito	674
3.5. Disposiciones comunes a testigos y peritos.....	675
3.6. Exhibición y debate de la prueba material	675
3.7. Prueba documental	676
3.8. Prueba adicional	677
4. El periodo decisorio I. Alegatos finales	677
4.1. Reglas generales. Posición de las partes	678
4.2. Alegato final del fiscal	678
4.3. Acusación complementaria	679
4.4. Alegato de la defensa de las demás partes.....	679
4.5. Autodefensa del acusado	680
5. El periodo decisorio II. Deliberación y sentencia.....	680
5.1. Deliberación	680
5.2. Redacción de la sentencia.....	681
5.3. Lectura de la sentencia	682
5.4. Recurso de apelación.....	682

LECCIÓN DÉCIMA QUINTA LA SENTENCIA

I.	ASPECTOS BÁSICOS	
	1. La sentencia	683
	1.1. Concepto	683
	1.2. Clasificación	684
	2. Naturaleza jurídica.....	685
	3. Génesis lógica	686
	4. Requisitos	686
	4.1. Requisitos externos	686
	4.2. Requisitos internos	688
	5. Desvinculación procesal.....	694
	5.1. Regulación jurídica	694
	5.2. Pretensión acusatoria.....	697
	5.3. Problemas interpretativos.....	699
	6. Aclaración y corrección de sentencia (y demás resoluciones).....	702
	6.1. Aspectos básicos.....	702
	6.2. Aclaración de resoluciones	704
	6.3. Corrección de resoluciones.....	704
II.	EFFECTOS DEL PROCESO	
	1. Cosa juzgada	705
	1.1. Concepto.....	705
	1.2. Clasificación	706
	1.3. Fundamento	706
	1.4. Cosa juzgada material	707
	1.4.1. Resoluciones que la integran.....	707
	1.4.2. Efectos positivos	707
	1.4.3. Efectos negativos	708
	1.5. Impugnación de la cosa juzgada	709
	2. Las costas	710
	2.1. Concepto.....	710
	2.2. Regulación básica y aspectos esenciales.....	711
	2.3. Imposición.....	711
	2.4. Tasación.....	712

ABREVIATURAS Y CONVENCIONALISMOS UTILIZADOS

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

Dir.	Director; Dirigido por
Ed. / ed.	Editorial / edición
et. al.	<i>et alii</i> ; y otros
Exp.	Expediente
FJ	Fundamento jurídico
inc. / incs.	inciso / incisos
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. n.º 052 de 18 de marzo de 1981)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (D. S. n.º 017-93-JUS de 02 de junio de 1993)
NCP	Nuevo Código Procesal Penal
num. / nums.	numeral / numerales
p. / pp.	página / páginas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966)
Rev. Sent.	Revisión de Sentencia
RN	Recurso de Nulidad
RQE	Recurso de Queja Excepcional
s. / ss.	siguiente / siguientes
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCE / SSTCE	Sentencia del Tribunal Constitucional de España / Sentencias del Tribunal Constitucional de España
STEDH / SSTEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STSE / SSTSE	Sentencia del Tribunal Supremo de España / Sentencias del Tribunal Supremo de España
t.	tomo
TP	Título Preliminar
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TUO	Texto Único Ordenado
vs.	versus
vid.	<i>vide</i> (del latín, 'mira', equivale a véase)
v. gr.	<i>verbi gratia</i> ; verbigracia, por ejemplo
ZPO	Código Procesal Civil Alemán
§	párrafo(s)

PRESENTACIÓN EDITORIAL

La obra "Derecho Procesal Penal – Lecciones" del Profesor César San Martín Castro, en su tercera edición (2024), constituye, en la actualidad –y en el contexto de la ciencia y práctica procesal penal–, la obra jurídica más importante; por varios motivos: 1) está escrito por un profesor estudioso y conocedor del derecho procesal con treinta y cinco años de experiencia docente y más de veinticinco años de ejercicio de la judicatura y otros más en la labor de la defensa; 2) su autor, el profesor San Martín, ejerce desde hace veintidós años la titularidad más alta de la magistratura judicial, como juez supremo de la República, por lo que su obra es el reflejo de lo que su experiencia académica, pero sobre todo de lo que practica, elabora y construye, día a día, en todas y cada una de sus sentencias y resoluciones de la más alta instancia judicial en el país –sobre todo de las que es ponente en su colegiado de la sala penal permanente de la Corte Suprema del Perú–. Estos dos motivos la convierten en un texto de obligada lectura y consulta permanente por todos los operadores del derecho: abogados, jueces, fiscales y, desde luego, profesores y estudiantes de derecho. Ninguno que quiera saber o entender el proceso penal contemporáneo –en el contexto peruano, latinoamericano y euro continental–, puede dejar de consultar esta obra “Derecho Procesal Penal – Lecciones”, del profesor César San Martín Castro, juez supremo de la República y profesor principal de la PUCP. Así, la referida obra es de obligada e imperiosa necesidad para quien quiera saber o entender el derecho procesal actual, en toda su amplitud sistémica: dogmática, jurisprudencial y normativa.

En esta tercera entrega; revisada, actualizada –a junio de 2024–, aumentada y corregida, el juez supremo y profesor San Martín –decano entre los jueces supremos de la República–, nos hace entrega de una obra, en dos volúmenes con más de mil cuatrocientas noventa páginas repletas de conocimiento teórico y práctico, lo cual se agradece, más si como dijimos en su momento, como fondo editorial adscrito a un Instituto de investigación asociativo y sin ánimos de lucro –como lo es el INPECCP en alianza con CENALES–, el honor de ser los depositarios de la confianza del autor nos congratula, nos conmueve y nos

coloca en la obligación de propiciar cada vez mayores espacios de reflexión e investigación en aras de un mejor derecho -en este caso del derecho procesal penal-, parafraseando a Radbruch.

Como es de recordar, la primera edición de “Derecho Procesal – Lecciones”, se publicó en noviembre de 2015, siendo, en aquel momento, uno de los primeros textos científicos que abordaba -en su integridad- el código procesal penal de 2004, actualmente vigente en todo el territorio nacional y, a su vez, modificado hasta en un treinta por ciento de su texto original. No se ha perdido su esencia, claro que no, pero se han introducido modificaciones que en esencia, lo han transformado, haciéndolo, en algunos casos, más versátil y otros, sospechosamente reactivo a los movimientos iberoamericanos de reforma prodemocrática que en su momento inspiraron la gran reforma procesal penal de la que fue parte el Código de 2004.

A fecha de hoy, no solo se han reformado textos normativos y grandes apartados del Código -como lo es, por ejemplo, la de la colaboración eficaz, la cooperación judicial internacional o, incluso, el de la propia investigación preliminar y el rol de la policía en la investigación-, sino también, la propia jurisprudencia motivada por la introducción de planteamientos teóricos e interpretativos, unas veces ajustados a nuestras tradiciones euro continentales; y, otras, las menos -pero no menos importantes y de peligroso avance-, ajenas a las mismas y que, como se dijo antes, distorsionan el sentido garantista del proceso penal en pro de objetivos político criminales ajenos a la construcción clásica y racional del mismo. El proceso penal es, en esencia, la frontera y límite racional de la política criminal con la que no debe comulgar en sus objetivos punitivos. No es función -la del proceso penal-, el de legitimar la sanción, sino -de modo amplio-, lo es, la de legitimar la reacción del Estado, sea esta sancionadora o exculpatoria. Pero, sobre todo, de garantizar el real equilibrio de fuerzas enfrentadas en su dinámica funcional el mismo que, naturalmente, se presume desigual, entre el Estado y el procesado y de éstos frente a la víctima y de ella frente a los demás. El sentido del equilibrio y la equidistancia respecto de las pretensiones de las partes es el norte del proceso penal contemporáneo y creemos, así se plantea en esta obra.

Como director del centro y de su fondo editorial, no queda más que agradecer la deferencia que ha tenido el autor para volvernos a elegirnos como casa editorial, en esta tercera edición de la obra la cual, en los tiempos que nos ha tocado vivir, de crisis mundial, post C19 y de gran alarmismo social producto del avance de la criminalidad y la poca reacción del Estado en sus expresiones

legitimadas para ello, pretendiendo, como hemos dicho, que todas esas omisiones, las resuelva el proceso penal –y sus actores obligados–, relegándose ellos mismos en su misión político criminal de garantizar el derecho a la seguridad personal, a la seguridad y paz ciudadana.

Los operadores de justicia tienen, en la obra del Profesor César San Martín Castro, una guía imperdible que nos honra, por tercera vez, presentar a la comunidad jurídica, nacional e internacional.

En Lima, San Isidro, junio de 2024

PROF. DR. MIGUEL R. PÉREZ ARROYO

Director General – INPECCP / CENALES

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Han pasado cuatro años desde que salió a la luz la segunda edición de esta obra, a la que muy modestamente calificué de "LECCIONES". El avance impresionante de la cuarta revolución industrial, de la tecnología de la información y la comunicación, unida a la expansión de formas no convencionales de criminalidad, en especial del crimen organizado en todas sus variables, así como la crisis del Estado constitucional, en especial en América Latina, han producido nuevas disposiciones legales en lo punitivo –sustantivas o materiales, procesales (orgánica y funcional) y de ejecución penal– y limitaciones irrazonables a la garantía de los derechos que me han obligado a ampliar los temas clásicos de nuestra materia de estudio. Por las adiciones que era de rigor incorporar, que determinaron cerca de dos centenares de páginas, ha resultado imprescindible que la obra conste de dos tomos –ya con el tiempo, si la salud y las ganas me siguen favoreciendo, replantearé esta obra para transformarla en un tratado–.

He procurado explicar con cierta profundidad las instituciones procesales penales, de suerte que los principios o las máximas y las garantías del proceso penal queden rigurosamente expuestos. He agregado referencias a libros de carácter general y monográficos que era del caso asumir y, como siempre, no se ha descuidado el recurso a la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los Tribunales Constitucional y Supremo de España, de las Cortes de Casación y Constitucional de Italia, y de las Cortes Supremas de la Argentina y de Colombia.

Considero que estas fuentes bibliográficas y jurisprudenciales, nuestra exposición de las materias que integran el proceso penal, ayudarán al lector (estudiantes de derecho, abogados, fiscales y jueces) a comprender mejor los temas abordados y apreciar cómo se están entendiendo –interpretando y aplicando– por la doctrina y las Altas Cortes.

En estos últimos años, como ya resalté, se han producido numerosos cambios normativos en el ordenamiento procesal penal, de la mano de la seria crisis institucional desatada en 2017 a raíz del planteamiento y la ulterior vacancia del presidente Kuczynski por el Congreso. Durante este período crítico, que aún

no culmina –y tiene y ha tenido un alcance preocupante en los Poderes Ejecutivo y Legislativo y, en lo específico, en la institucionalidad de la Junta Nacional de Justicia (sucesora del Consejo Nacional de la Magistratura, que en su día se vio afectado por una crisis estructural de corrupción que importó la remoción de todos sus miembros), el Ministerio Público (con los cambios abruptos en la Fiscalía de la Nación y los cargos penales contra la que fue su máxima autoridad), la Policía Nacional y el Poder Judicial (han sido particularmente críticos los alcances del megacaso denominado Los Cuellos Blancos del Puerto, cuyo punto culminante afectó no solo la Corte Superior del Callao, sino también a la Corte Suprema) , (i) se eliminó la inmunidad de los congresistas, el defensor del pueblo y los magistrados del Tribunal Constitucional; (ii) se impuso, al socaire de una censurable jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en contradicción con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un recurso de segunda apelación ante la Corte Suprema cuando en la Sala Penal Superior se condena al absuelto por el Juzgado Penal, cargando exponencialmente la labor de la Sala Penal de la Corte Suprema, amén de apartarla de su esencial misión casacional en todas las causas. Igualmente, la tradicional existencia de una multiplicidad de aforados –no solo los altos funcionarios del Estado, sino también todos los jueces y fiscales, incluido el procurador general del Estado y, tal vez, los procuradores públicos de cada sector y de los órganos autónomos–, tras otra modificación legal del proceso especial por razón de la función pública, (iii) determinó que la Sala Penal de la Corte Suprema conozca en apelación no solo las sentencias emitidas por la Sala Penal Superior, sino también los autos dictados por los jueces superiores de la investigación preparatoria –son miles de estas autoridades y funcionarios, de rango inferior a los supremos–, lo que asimismo trastoca el funcionamiento de la Corte Suprema al convertirla en un órgano de instancia o de segundo grado. Ello demuestra que el legislador aún no tiene clara la misión de la Corte Suprema y cuál es su rol en el sistema de justicia.

La crisis derivada de la expansión de la criminalidad y de los problemas institucionales de las agencias penales dio como resultado una reciente autorización legislativa (Ley 31880, de 23-09-2023) para que el Gobierno modifique la legislación penal a través de decretos legislativos. Y, como siempre, las reformas efectuadas se enfocaron en ampliar las funciones y atribuciones de la Policía Nacional, de cara al valor seguridad, sin reconocer que, adicionalmente, debían fortalecerse las garantías para el ciudadano en defensa del valor libertad –a mayor intervención en los derechos, más fuerte debe ser el control para tutelar las garantías individuales.

No pueden dejar de reconocerse varias necesarias actualizaciones a la legislación procesal –que han tenido una fuerte incidencia en las investigaciones

tecnológicas, pero sin establecer principios básicos ni un desarrollo coherente-, pero llaman la atención algunos cambios drásticos en orden a la investigación del delito y a los roles del Ministerio Público y de la Policía Nacional. La Constitución reconoce a ambos órganos del Estado poderes de investigación, pero otorga primacía al Ministerio Público como responsable de la persecución del delito ante el Poder Judicial; el artículo 159.4 de la Constitución es terminante: corresponde al Ministerio Público *"conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función"*. Lo que siempre debe cuidarse es el respeto de los derechos fundamentales de la persona, de suerte que la protección de la seguridad pública o ciudadana debe estar circunscripta a esta observancia, sin atajos ni relativismos -el proceso leal no puede eludirse. Las últimas reformas emprendidas por el Poder Ejecutivo en este ámbito -facultades ampliadas a la Policía Nacional y limitación de derechos para garantizar el proceso de conocimiento del delito- muestran una sensible disminución de la tutela del ciudadano sospechoso, que siempre debe ser considerado un presunto inocente, de un lado, y un cierto relajamiento del control jurídico, de otro. En todo caso, serán los tribunales los encargados de morigerar esta expansión, en aras de sostener el programa procesal penal de la Constitución.

Lo expuesto demuestra lo raigalmente sensible del proceso penal en la vida institucional de una democracia, insuficiente y siempre en riesgo en nuestro país. Los juristas debemos esforzarnos por afianzar los valores superiores del ordenamiento jurídico y, en lo que corresponde al derecho procesal penal, por explicar con coherencia y profundidad las instituciones procesales, sin descuidar los concretos fines institucionales de la justicia penal y los roles que han de cumplir los operadores jurídicos. Espero que la lectura y estudio de este libro contribuya a tal propósito.

No puedo dejar de agradecer la colaboración prestada a la concreción de esta tercera edición de mis asistentes Alejandro Martín Oliva Navarro y Manuel Steven Vera Valle, así como al Fondo Editorial del INPECCP y CENALES por la acogida de esta obra y su difusión. Mi familia ha sido, como siempre, un apoyo invaluable, por lo que renuevo mi gratitud y amor incondicional a mi esposa María del Rosario; a mis hijos César y Diego; a mi nuera María Zobeida, y a mis queridísimas nietas Valeria y María Alejandra.

Lima, junio de 2024

PARTE PRIMERA

DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIÓN

LECCIÓN PRIMERA

DERECHO PROCESAL PENAL

I. DERECHO PROCESAL

1. Conceptos fundamentales

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

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

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

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

Cabe hacer una distinción, muy común en nuestra disciplina, entre proceso y procedimiento. Esta última expresión (procedimiento) se utiliza para designar una serie o sucesión de actos sin hacer cuestión sobre su naturaleza: jurisdiccional, administrativa, parlamentaria, etc., pero cuando se emplea en la esfera jurisdiccional designa solo el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo –los trámites que se siguen en el proceso: demanda o denuncia, acusación, traslado, audiencia preparatoria, audiencia preliminar, juicio, sentencia, recursos–. La expresión proceso, como ya se explicó, se refiere a una serie o sucesión jurídicamente regulada de actos tendentes a la aplicación o realización del derecho

en un caso concreto [DE LA OLIVA] –tiene una diversidad de manifestaciones, tales como proceso civil, proceso penal, proceso contencioso administrativo, laboral, constitucional, internacional (atendiendo a la naturaleza jurídica del asunto al que se refiere); o procesos de declaración, de ejecución y de coerción (atendiendo al tipo de tutela jurisdiccional que se pretende); o procesos ordinarios y procesos especiales (atendiendo al alcance de los procesos–.

Es de tener presente que la *jurisdicción* es un poder, así considerado por la Constitución, y, además, una función. Como función le corresponde la protección del derecho objetivo para la solución de conflictos o controversias que surgen en la vida social o el restablecimiento del orden y la paz social. Su finalidad genérica es la protección y aplicación del ordenamiento jurídico objetivo y la protección de los derechos subjetivos de los justiciables (salvo en el Orden Jurisdiccional Penal). Su finalidad específica es la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas (jurisdicción civil, contenciosa administrativa y laboral); la represión penal de las conductas constitutivas de delitos y faltas (jurisdicción penal); el control de la legalidad de la actuación administrativa y de la potestad reglamentaria (jurisdicción contencioso administrativo); y, el control de la constitucionalidad de las leyes y los demás actos de los poderes públicos (jurisdicción constitucional).

Como poder (ex artículo 138 de la Constitución) es la potestad reconocida a quienes lo integran y ejercen la función jurisdiccional. Expresa la facultad de hacerse obedecer, de imponer o sujetar demás a las decisiones adoptadas, por quien ejerce la jurisdicción, por lo que es el poder, la fuerza vinculante que acompaña y hace posible el cumplimiento de la función de decir el Derecho –es la última e irrevocable “instancia” en el ámbito del Derecho–. Además, es uno de los poderes del Estado –al igual que los poderes legislativo y ejecutivo– cuya misión es realizar el Derecho impartiendo justicia en el caso concreto y que conforma una organización –entendida como el conjunto de órganos– [GUTIÉRREZ DE CABIEDES].

2. Definición de derecho procesal

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

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

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

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

II. DERECHO PROCESAL PENAL

1. Definición

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

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

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

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

2. Autonomía del derecho procesal penal

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

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

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

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

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

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

3. Extensión del derecho procesal penal

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

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

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

4. Función del derecho procesal penal

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

4.1. Derecho penal y derecho procesal penal

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

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

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

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

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

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

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

4.2. Ámbito funcional del derecho procesal penal

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

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

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

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

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

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

5. Esencia del derecho procesal penal

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

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

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

- A. En la etapa de procedimiento de investigación preparatoria se reúnen los elementos de convicción, de cargo y descargo, para que el fiscal funde su acusación y la parte investigada prepare su defensa (artículo 321 CPP), en la que existe una clara predominancia del fiscal, sin desconocer el principio de contradicción y el derecho de defensa de las demás partes procesales, en especial del imputado (artículo 337.4-5 CPP).
- B. En la etapa de procedimiento intermedio se examina, desde las actuaciones de la investigación preparatoria, si existe base suficiente para acusar y pasar a la siguiente etapa (artículo 344.1 CPP), cuyo principio dominante, a la par de reconocer el señorío del Tribunal y la plena igualdad procesal con una amplia posibilidad de intervención de las partes frente al requerimiento fiscal (artículos 345.2 y 350.1 CPP), es el de seriedad de la pretensión punitiva, en cuya virtud no basta con que esté configurado por el fiscal, o el querellante particular en su caso, la pretensión punitiva, es necesario, además, como presupuesto de la admisibilidad del juicio, que se valore la seriedad de la pretensión por el órgano jurisdiccional, en sentido favorable, a la continuidad del proceso —que es lo se denomina “juicio de acusación”— a fin de evitar los juicios carentes de fundamentos y ya lastrados por la inconsistencia jurídica relativa a los hechos delictivos [ALMAGRO NOSETTE].
- C. En la etapa de enjuiciamiento o procedimiento principal se decide sobre el objeto del proceso, en función de la acusación. El rol principal corresponde al juez y se reconoce una amplia y pareja actividad de las partes, bajo la vigencia del conjunto de principios que dominan la escena procesal: contradicción, igualdad de armas, publicidad, oralidad, inmediación y concentración (artículo 356.1 CPP). El rol activo corresponde a las partes en lo que respecta al aporte probatorio, y el juez se limita a controlar la corrección del trámite y a que el esclarecimiento, como meta fundamental del proceso, se cumpla en todo lo que fuera materialmente posible, exigencia que en última instancia modula la intervención del juez en su cumplimiento (artículos 363.1 y 375.4 CPP).

6. Metas y medios del derecho procesal penal

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

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

hechos que sea tan fiel a la realidad como sea posible –no que se imponga el punto de vista postulado por alguna de las partes o de un testigo o perito acerca de la verdad– [GÖSSEL].

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

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

Unida a la posibilidad de una decisión correcta, que sea compatible con la verdad material, la meta del procedimiento requiere, además, que la decisión sobre la punibilidad del imputado sea obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico-procesal y que restablezca la paz jurídica [ROXIN]. En este ámbito los medios que se vale el Estado para alcanzar la verdad, informados por el principio de formalidad –vinculación formal de la prueba de la verdad–, deben ser respetuosos del ordenamiento jurídico y del contenido esencial de los derechos constitucionales del imputado, pues de otro modo las evidencias obtenidas de esa forma son inutilizables, son de valoración prohibida (artículos VIII.1-2 del TP y 159 CPP). Por consiguiente, la meta del proceso penal no consiste en alcanzar la verdad material a cualquier precio (criterio, ya expuesto, de la admisibilidad jurídica de los medios de prueba).

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

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

7. Fuentes del derecho procesal penal

7.1. Concepto. Legalidad procesal penal

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

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

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

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

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

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

Procesal Civil y como leyes procesales específicas, para nuestra disciplina, el Código Procesal Penal.

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

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

7. 2. Las otras fuentes del derecho procesal

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

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

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

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

Un problema específico presenta la jurisprudencia –en sentido estricto, es decir, la emanada de los más altos tribunales de justicia– como fuente del

derecho. En el sistema jurídico continental se la tiene como una fuente derivada, sujeta a la ley y expresión de esta –es, pues, un problema jurídico constitucional que cada ordenamiento resuelve de una u otra forma [DÍEZ PICAZO]–. No obstante tal concepción, el valor jurídico de la jurisprudencia –como algo más que ser conformadora y complementadora de la ley preexistente– se ha venido acentuando en nuestro ordenamiento, primero, con lo dispuesto por los artículos 22 LOJP y 433.3-4 CPP, que autoriza a la Corte Suprema de Justicia a dictar fallos vinculantes o de efectos generales, y, segundo, con el artículo 429.5 CPP que configura un motivo específico de casación: el apartamiento injustificado de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional –que solo puede entenderse así cuando ambos altos tribunales la declaren expresamente como precedente vinculante–. Si bien no se advierte de la infracción de sus decisiones –concebidas, en todo caso, como directrices y auxiliares de interpretación de la Constitución y de la Ley, que consagran la vigencia efectiva del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley y del valor seguridad jurídica, así como la coherencia del derecho– una concreta sanción procesal –la nulidad en su caso–, es evidente que si el órgano jurisdiccional no sigue la doctrina jurisprudencial en caso de recurso impugnatorio, la resolución que no la acate será 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 cuidar su desarrollo. Al hacerlo así, a partir de valoraciones asumidas debidamente racionalizadas, revela una “creación” no solo por hacer surgir algo que no preexiste a la interpretación o que deriva lógicamente de la ley –agrega algo nuevo al orden jurídico legislativo, sin invalidarlo o integrarlo– sino también por ser expresión de la voluntad del Poder Judicial, indispensable para que el derecho pueda desarrollarse en la sociedad. Ello quiere decir que las decisiones de la Corte Suprema no se limitan a las partes del caso, sino que se extienden a toda la sociedad con el carácter de derecho, por lo que la decisión que emita, sin que tenga la misma estatura que la ley, define el sentido del derecho con una eficacia general delante de la sociedad y es obligatoria ante los tribunales inferiores. Solo así habrá previsibilidad jurídica [MARINONI].

III. FINALIDAD DEL DERECHO PROCESAL PENAL

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

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

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

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

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

LECCIÓN SEGUNDA

NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL

I. NORMAS PROCESALES. ASPECTOS GENERALES

1. Contenido

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

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

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

2. Clasificación

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

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

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

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

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

3. Naturaleza

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

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

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

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

4. Preceptos procesales del Código Penal

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

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

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

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

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

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

II. EFICACIA DE LAS NORMAS PROCESALES

1. Aspectos generales

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

2. Eficacia espacial de las normas procesales

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

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

Es de distinguir, por lo demás, la competencia internacional de los tribunales penales peruanos. Aquí rige lo dispuesto en los artículos 1, último 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” [IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO].

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

3. Eficacia temporal de las normas procesales

3.1. Bases constitucionales y legales

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

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

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

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

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

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

Se discute si el criterio general del factor de referencia centrado en las actuaciones procesales puede ser objeto de excepciones o de una aplicación discriminada según los casos. No son aceptables, sin duda, las excepciones referidas a las normas que regulan el proceso mismo como forma instrumental usada por el juez para el cumplimiento del objeto de la administración de justicia, esto es, la actuación del derecho penal material en el caso concreto [MORAS] –las denominadas normas simplemente instrumentales–. Empero, es plenamente aceptable el criterio referido al *tempus delicti comissi*, a las normas que, de uno u otro modo, regulan la garantía procesal específica del juez legal predeterminado por la ley –llamada también ‘juez natural’–, uno de cuyos elementos es precisamente la predeterminación del juez en relación a la fecha de comisión del delito, tal como lo ha reconocido el artículo 8.1 de la CADH [HURTADO POZO] –con las matizaciones que en su momento se expondrán–. Asimismo, es de seguir este último criterio cuando se trata de normas referidas a las condiciones o presupuestos de procedibilidad o de impedimentos de procedibilidad –por ejemplo, requisito de 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” [BARRERO RESTREPO]–. La jurisprudencia colombiana, por ejemplo, ha calificado de normas sustantivas a las que afecten las esferas de libertad del imputado o condenado, esto es, las que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas (Corte Suprema de Colombia, Sentencia n.º 23910 de 2005). El criterio que se ha de seguir, por tanto, será el afianzamiento de la garantía de objetividad que sustenta el principio de legalidad.

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

3.2. Progresividad y favorabilidad

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

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

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

Cuando se trata de instituciones pertenecientes a dos sistemas procesales penales que, en esencia, son diferentes –es el caso de los Estatutos Procesales de 1940 y 2004– es posible que el CPP se aplique en aquellos distritos judiciales en los que aún no se implementa el nuevo sistema procesal penal en atención al principio constitucional de la favorabilidad de la ley penal –material, procesal y de ejecución– [BORRERO RESTREPO]. Si de una u otra forma el CPP tiene preceptos, en línea de comparación con el 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 CPP a los distritos judiciales en los que aún no está implementada –recuérdese que el CPP es una ley existente, válida y vigente, pero no implementada en los distritos judiciales en los que el respectivo decreto supremo no lo ha dispuesto– desde luego exigen determinados niveles de concreción en función de una línea de coherencia y no ruptura de la unidad del ordenamiento procesal. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en una posición que es de compartir, fija como criterios los siguientes:

- A. Que se trate de institutos procesales análogos, similares o equivalentes.
- B. Que las normas procesales sean de carácter sustancial; esto es, que los referentes de hecho sean idénticos.

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

4. Eficacia personal de las normas procesales

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

No es el caso de la inviolabilidad, institución de relevancia constitucional referida a los delitos de expresión [HURTADO POZO]—por tanto, de carácter limitada, parcial o relativa: solo incluye determinados actos—, que reconoce a senadores, diputados, defensor del pueblo y magistrados del Tribunal Constitucional (artículos 93, segundo párrafo, 161, tercer párrafo, y 201, segundo párrafo, de la Constitución, según la reforma aprobada por la Ley 31987, de 20 de marzo de 2024, que restableció la bicameralidad en el Congreso de la República), 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 efecto, el precepto constitucional prescribe que estos altos funcionarios: “No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por la opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”. La protección es absoluta; además, no es geográfica sino institucional — lo que diga en el recinto parlamentario y cualquier lugar, en tanto y en cuanto esté actuando funcionalmente o sus expresiones estén conectadas con su función, de modo concreto, pero no como simple ciudadano [Sagües. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Mario Martínez Casas”, de 25 de noviembre de 1960, Fallos, 248: 462; y, “Jorge Rivas”, de 7 de junio de 2005, Fallos, 328: 1893]—. En estos casos lo que no se aplica es la ley penal material y con un carácter permanente, por tanto, es un instituto de derecho penal material—constitucional. Se considera una garantía funcional indispensable para proteger a dichos altos funcionarios de persecuciones de los otros poderes del Estado o de los particulares afectados por sus intervenciones como tales [ALCALÁ ZAMORA].

Las excepciones—inmunidad de jurisdicción procesal—, siempre temporales, de derecho procesal penal están sujetas a situaciones que contempla, de un lado, el derecho internacional público y, de otro, el derecho constitucional. En los agentes concurre meramente un óbice de procedibilidad, que tiene efecto, por

regla general, en una determinada situación o tiempo [GÓMEZ ORBANEJA]. Estas excepciones de determinadas personas de la aplicación del ordenamiento procesal penal solo se explican en atención al cargo u oficio público que ostentan [TOMÉ].

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

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

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

- A. La acusación constitucional está prevista en los artículos 99 y 100 de la Constitución, según la Ley 31987, de 20 de marzo de 2024, que restableció la bicameralidad en el Congreso de la República. 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 de la República. Corresponde a la Cámara de Diputados, de acuerdo con su Reglamento, acusar ante el Senado, exclusivamente y previa investigación parlamentaria, “[...] al presidente de la República, a los senadores, a los diputados, a los ministros de Estado, a los magistrados del Tribunal Constitucional, a los miembros de la Junta Nacional de Justicia, a los jueces de la Corte Suprema, a los fiscales supremos, al defensor del pueblo y al contralor general [...] por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”. Y, conforme al artículo 100 de la Constitución, compete al Senado, de acuerdo con su Reglamento, emitir la resolución acusatoria de contenido penal en función a la acusación de la Cámara de Diputados. Es de precisar que el citado artículo 99 Constitucional fija dos clases de acusación constitucional: la acusación constitucional por 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 de sus funciones o del cargo– [GARCÍA Toma. Sentencias del Tribunal Constitucional 0340-1998/AA, de 10 de julio de 1998; y, 0006-2003/AI, de 1 de diciembre de 2003]. Esta última es la que interesa al Derecho procesal penal.

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

- B.** La inmunidad –que solo rige para el Derecho penal– estuvo prevista en el originario artículo 93, *in fine*, de la vigente Constitución de 1993, que en este punto siguió las Constituciones precedentes, con mayor precisión

desde la de 1856, aunque con un énfasis más fuerte, al comprender la inmunidad de arresto y de proceso –este último básicamente– de modo expreso, la Constitución de 1979 (ex artículo 176). La inmunidad, sin embargo, fue derogada por la Ley de Reforma Constitucional 31118, de 6 de febrero de 2021, y ratificada por la Ley de Reforma Constitucional antes citada 31987, de 20 de marzo de 2024.

- C. El aforamiento está impuesto por el nuevo artículo 93, para delitos comunes, respecto de los senadores, diputados, defensor del pueblo y magistrados del Tribunal Constitucional; y, para todos los altos funcionarios señalados por el nuevo artículo 99 de la Constitución en lo concerniente a los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas (artículo 100 de la Constitución). Es, propiamente, una prerrogativa competencial o especialidad funcional en virtud de la cual el conocimiento de esos delitos no se atribuye a los órganos jurisdiccionales ordinarios sino a otros de categoría superior [TOME PAULE]. Es una excepción al régimen general de distribución de la competencia objetiva de los órganos judiciales [GIMENO], y como los altos funcionarios concernidos están sometidos a un fuero distinto del común se les denomina “aforados” [CALDERÓN/CHOCLÁN]. En el caso de los delitos antes indicados, el conocimiento de los mismos corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

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

III. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES

1. Aspectos generales de la interpretación de las normas procesales

Desde luego, la interpretación de la norma –o, mejor dicho, de un texto o formulación normativa– procesal es un ámbito de la teoría del derecho, en el que poco puede aportar el derecho procesal, pues sigue los puntos de vista generales en la materia [FLORIÁN]. Toda interpretación del derecho objetivo es una operación lógica, intelectual y valorativa –aquí juega mucho la realidad social del tiempo de aplicación de la ley [RUBIO CORREA]– dirigida a descubrir el significado o sentido

de la norma a través de los datos o signos mediante los que esta se exterioriza [FALCÓN Y TELLA]; la interpretación no tiene un carácter rígido ni es una actividad puramente cognoscitiva; interpretar es valorar y optar. No obstante ello, cabe precisar que, técnicamente, es de distinguir cuatro momentos en el proceso de concreción del mandato normativo abstracto al caso, a la realidad social; y, ante todo, entre interpretación y aplicación de la ley [GARCÍA-PABLOS]: **1.** Decisión de validez: constatar si la norma, en su caso aplicable al supuesto de hecho examinado, es válida. **2.** Decisión de interpretación: averiguar su significado. **3.** Decisión de evidencia: determinar desde la actividad probatoria los hechos o datos relevantes al caso. **4.** Decisión de subsunción: comprobar si tales hechos o datos encajan o no en el supuesto fáctico de la norma [WROBLEWSKI].

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

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

Es evidente, según creemos, más allá de la indeterminación de los enunciados legales –con mayor o menor extensión, claro está– y del reconocimiento de la función político-criminal de los jueces en sus relaciones con el ordenamiento jurídico, que no es posible, sin renunciar al principio de legalidad, que se prescinda de la ley, lo que desde ya no puede significar que la interpretación ha de circunscribirse al ‘uso social de sus términos’. Se ha de tener en cuenta el

texto de la norma y su contexto –al que pertenece de modo muy significativo el sistema dogmático, que da pie al sentido propiamente jurídico de los enunciados legales–, a fin de que la resolución judicial aparezca como una consecuencia, empíricamente previsible, metodológicamente defendible y axiológicamente razonable del enunciado emitido por el legislador [SILVA SÁNCHEZ]. No hay un orden de prelación en el conjunto de criterios interpretativos comúnmente aceptados: semántico, sistemático, histórico y teleológico, ni entre ellos se excluyen mutuamente y, por lo general, se aplican simultáneamente, cuyo eje central es el respeto a los principios, valores y directivas constitucionales, que informan las leyes y fundamentan la interpretación de las mismas –es lo que se denomina interpretación conforme a la Constitución–.

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

2. Aspectos específicos de la interpretación de las normas procesales

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

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

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

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

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

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

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

IV. EL PROCESO PENAL

Como ya se ha dejado establecido, el proceso es un concepto funcional en relación tanto al de jurisdicción como al de acción [CORTÉS]. Puede definirse como el instrumento –de carácter esencial– que ostenta la jurisdicción –el Poder Judicial a través de sus órganos: juzgados y salas– para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales –entendiendo por conflicto, según Guasp, toda suerte de situación que fundamente la deducción de una pretensión o petición de naturaleza jurídica–. Dos datos esenciales es de tener presente para concretar esta definición: **(i)** la supremacía del juez, en tanto titular de la potestad jurisdiccional –quien juzga y hace ejecutar lo juzgado–, respecto de las partes –la que pide el juicio o la ejecución y frente a quien se pide ese juicio o esa ejecución–; y **(ii)** la situación de contradicción en la que se encuentran las partes, a las que se reconoce el poder jurídico de acción –las partes, por imperativo constitucional, necesitan del

proceso [ORTELLS], y este solo puede iniciarse a instancia de ellas— y un conjunto de derechos —o garantías— constitucionales de incidencia procesal, así como también obligaciones procesales, a la vez que posibilidades y cargas procesales [GIMENO]. El proceso presenta una estructura básica: existen actos de alegación y actos probatorios a cargo de las partes, necesarios para que el juez puede juzgar.

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

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

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

modo más perfecto la realidad que reclama al aplicación del Derecho penal –en todo caso, para evitar que los poderes de aportación de las partes se conviertan en un medio indirecto para realizar la disposición prohibida–.

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

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

V. EL SISTEMA PROCESAL PENAL

Un sistema, como resalta Pérez-Cruz Martín, es, propiamente, un todo ordenado por con arreglo a principios [KANT] o un orden de conocimientos según un punto de vista unitario [CANARIS]. En el marco del proceso penal se trata de

organizarlo de manera idónea conciliando intereses de difícil encaje: de un lado, el interés de los imputados de ser tutelados por medio de las garantías adecuadas para su defensa en evitación de las condenas injustas; y, de otro lado, el interés de la sociedad en obtener una represión segura y rápida [ALMAGRO NOSETE]. Precisamente la prevalencia de unos intereses sobre otros originó la aparición y desarrollo de dos grandes modelos clásicos: acusatorio e inquisitivo.

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

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

La noción adversarialidad concebida como eje fundamental del sistema procesal penal –preferible en el *common law* al término “acusatorio”– destaca, desde

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

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

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

Las exigencias de la Ilustración y la evolución de los sistemas políticos a tono con la afirmación de la democracia política, articularon varios cambios trascendentes, con el propósito de cambiar del sistema inquisitivo, la confusión de las figuras del juez y del acusador [NIEVA], que empezaron con la instauración del

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

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

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

A. Reconoce el señorío de la Fiscalía –órgano autónomo de derecho constitucional– en la persecución del delito y la conducción de la investigación penal, con el pleno concurso de la policía; incluso, el ejercicio de la acción penal no está judicialmente tutelado, de modo que el órgano jurisdiccional no tiene atribuida la función de examinar si existe fundamentos suficientes para investigar. La investigación ha de ser objetiva y apunta a la búsqueda de la verdad –sistema del que carece el proceso del *common law* [LANGBEIN]–. Ello implica la vigencia de los principios de oficialidad y de averiguación (*untersuchungsprinzip*) –claramente conectada con la búsqueda de la verdad material como característica tradicional del *civil law*–, no homologables en el proceso anglosajón [ARMENTA]. Para garantizar esa objetividad y evitar el dominio incontrolado del investigador –policía y fiscal– se instituye el juez de la investigación preparatoria. Una institución central del control del poder acusatorio del fiscal es el incidente de tutela (artículo 71, apdo. 4, del CPP), destinado a garantizar los derechos del imputado y la legalidad de la actuación del fiscal. Obviamente, está reservada al juez la limitación de

- derechos para garantizar el éxito de la investigación (artículo VI del Título Preliminar del CPP) —que es consustancial a la potestad jurisdiccional y al principio de proporcionalidad—, y se reconoce a la Policía un ámbito de acción específico para garantizar la máxima eficacia de la investigación (artículo 68 CPP) [BACHMAIER].
- B.** El imputado y su defensa, al igual que la víctima —esto último impensable en el sistema adversarial o, por algunos, acusatorio puro—, tienen plenas facultades para conocer de las actuaciones de la investigación, proponer solicitudes de investigación y participar en su ejecución —aunque también se reconoce, por razones de urgencia, la posibilidad de disponer el secreto sumarial—. El imputado tiene garantizado el derecho al silencio y a la no autoincriminación, así como el derecho de asistencia letrada desde el inicio de las actuaciones de investigación.
- C.** Las actuaciones de la investigación preparatoria tienen mero carácter preparatorio del juicio; no tienen carácter jurisdiccional, esto es, de actos de prueba. La regla en materia probatoria es la vigencia del principio de contradicción en su base estructural y de inmediación y oralidad en su modo de actuación, lo que trasunta el carácter principal de la fase procesal del juicio. Ello significa, en buena cuenta, la separación entre la investigación y el juicio, cuya expresión visible es la separación de los expedientes (artículos 134 y 136 CPP), aunque su rigidez se matiza con la aceptación de la denominada prueba anticipada y prueba preconstituida, cuya viabilidad está sujeta a los presupuestos de irrepetibilidad o indisponibilidad y de urgencia [ILLUMINATI].
- D.** La existencia de una etapa intermedia está destinada al control de la investigación y, en especial, del requerimiento fiscal. La plenitud del contradictorio y la oralidad en sus actuaciones se plasma en esta etapa. El requerimiento fiscal no vincula al órgano jurisdiccional. El juicio de acusación está sometido a un examen contradictorio desde las exigencias de la legalidad y de la suficiencia de elementos de convicción. Esta fase procesal, no solo evita juicios inútiles y sin fundamento, sino garantiza la concentración del juicio oral, al definir las pruebas que se actuarán y, en su caso, excluir las impertinentes e inútiles y las ilegales o prohibidas.
- E.** Una vez admitida la influencia de investigación preparatoria, en el juicio oral se reconoce la iniciativa probatoria de las partes, con lo que se afirma la imparcialidad judicial. El juez no asume en primera persona

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

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

- (i) Desde la estructura de la organización judicial, el juicio está a cargo de jueces profesionales, lo que permite tanto la admisión de la prueba anticipada y preconstituida en los supuestos de irrepetibilidad o

indisponibilidad y de urgencia, como la exigencia de motivación de las decisiones y el acento en las prohibiciones probatorias –antes que en las reglas de exclusión–.

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

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

- i. La inexistencia de un jurado de conciencia, que en mucho sustenta la pasividad del juez en el *adversary system*, conduce a que el juez no queda limitado a la *ratio decidendi* que le han formulado las partes en sus alegaciones –en este caso, el fiscal que es quien determina el objeto procesal–, pues su capacidad de elección normativa –propia del *civil*

law– le permite determinar él mismo la *ratio decidendi* jurídica y, por ello, rige en todo caso el principio *iura novit curia*, aunque con limitaciones puntuales residenciadas en el respeto de los principios acusatorio y de contradicción [RAMÍREZ CARVAJAL].

- ii. En clave de igualdad procesal, la incorporación generalizada del recurso de apelación contra las decisiones definitivas: sentencias y resoluciones equivalentes. La Constitución considera que el derecho a la pluralidad de la instancia es fundamental y forma parte del debido proceso. Corresponde al Tribunal de Apelación conocer del hecho y del derecho del fallo o resolución de primera instancia, aunque limitando su potestad de cognición al respeto del principio de inmediación, a la intangibilidad de la apreciación y valoración jurídica de las pruebas personales realizadas por el juez de primera instancia. A su vez reconoce el recurso de casación para conocer de las infracciones jurídicas de los fallos judiciales con el declarado propósito de afirmar el principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho penal y de garantizar el valor de seguridad jurídica.

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

- i. Subjetiva. El proceso penal acusatorio es un proceso de partes en el que el acusado, a diferencia del inquisitivo, no puede ser considerado como un objeto sino como un sujeto, por lo que le asiste el derecho de defensa. Para el logro de tal objetivo será necesario que exista una previa acusación formal y escrita, y que se le otorgue un tiempo necesario para informarle de dicha acusación para que pueda preparar su defensa.
- ii. Objetiva. El derecho del acusado a conocer la acusación formulada contra él reclama, no solo su determinación, sino también la información respecto al hecho delictivo, cuya comisión se le imputa, ello a fin de que pueda exculparse de él. Por tal razón, se puede burlar la referida norma cuando el Tribunal extienda su actividad de conocimiento y decisoria a otros hechos distintos a los narrados en la acusación. Distinto sería el caso cuando un mismo suceso histórico, que fuera descrito en la acusación, tuviese una denominación distinta en la sentencia, en cuyo caso no es posible afirmar una vulneración

del acusatorio cuando se trata de delitos que sean homogéneos y dichos cambios de calificación no vulneren el derecho de defensa [GIMENO].

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

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

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

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

LECCIÓN TERCERA

CONSTITUCIÓN, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

I. PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN

1. Aspectos generales

1.1. Planteamiento básico

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

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

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

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

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

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

1.2. Conflictos constitucionales en el proceso penal

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

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

al derecho de penar del Estado –y a su presupuesto, que es el derecho de persecución penal–: artículos 44, 139.10 y 159.5 de la Constitución. El derecho a la libertad puede ser calificado de un valor superior del ordenamiento jurídico, que después del derecho a la vida e integridad corporal, es el 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 artículos 2 y 139 de la Constitución, nivel en el que destaca, por su carácter protector de máxima jerarquía, el derecho de defensa procesal (artículo 139.14 de la Constitución), destinado a poner límite a la actividad inquisitiva o investigativa de la autoridad pública.

- B.** La plena vigencia y aplicación del *principio de proporcionalidad*, que opera tanto para el legislador como para el juez al momento de enjuiciar la aplicación de una medida restrictiva que afecte un derecho fundamental –cualquier actuación que suprima o elimine una posición jurídica adscrita al ámbito normativo del derecho o que impida o dificulte el ejercicio de las acciones relativas a las posiciones pertenecientes al mismo [BERNAL/MONTEALEGRE]–. El principio de proporcionalidad es considerado como un principio de carácter transversal que define, desde sus propios términos, los límites –forma y condiciones– a las restricciones de los derechos fundamentales materiales (artículo VI del TP del CPP), y que se deriva la cláusula constitucional del Estado de derecho prevista en el artículo 200 de la Ley Fundamental (STC n.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: artículo 140 de la Constitución–, son susceptibles de limitación en el curso de un proceso penal, siempre que lo disponga la ley, con arreglo a la Constitución, y que se lleve a cabo con respeto de las condiciones previamente estipuladas y de los fines que ella reconoce –noción de razonabilidad o del fin constitucionalmente legítimo (STC n.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 (artículos VI del TP, 203.1 y 253.2 del CPP), se requiere que estas persigan un fin legítimo y emanen de la autoridad legalmente habilitada para efectuarlas. La ley debe definir con exactitud, y con las garantías necesarias, el acto limitativo de un derecho fundamental; el cual, además, ha de estar objetivamente justificado y la decisión que lo imponga debe plasmar el juicio de necesidad correspondiente.

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

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

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

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

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

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

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

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

II. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

1. Concepto

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

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

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

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

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

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

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

- A. Son ideas que están en la base de determinados conjuntos de normas y que se deducen de la propia ley, aunque no estén expresamente formuladas. Indican las ideas fundamentales extraídas de la ley procesal, que sintetizan reglas de validez general para los distintos de procesos, y reflejan la ideología que produjo esas normas [VALENCIA]. Son, pues, categorías lógico-jurídicas cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal [ALZAMORA VALDEZ]. Sin ellas no puede hablarse de proceso jurisdiccional.
- B. Su valor no es solo teórico, sino que tienen también repercusión práctica como medio auxiliar de la interpretación y como punto de partida para la resolución por analogía de supuestos no regulados.
- C. No tienen, sin embargo, naturaleza normativa, aunque algunos de ellos pueden tenerla, como concretamente sucede con los principios establecidos o normativizados en la Constitución.
- D. Su estudio tiene importancia como marco teórico adecuado para la discusión de las soluciones *lege ferenda* a los problemas básicos de ordenación del proceso, y además su exposición tiene gran valor didáctico. Se les entiende como líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone un concreto sistema procesal [ALVARADO BELLOSO].

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

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

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

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

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

2. Clasificación

Es de dividir los principios desde tres órdenes o perspectivas. Los principios derivados del derecho penal, al que sirve el proceso penal; y, los principios configurados a partir de la clásica distinción entre proceso y procedimiento [Acuerdo Plenario n.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 legalidad penal –su opuesto es el principio de conveniencia–. El juicio previo, como presupuesto, para la sanción penal (artículos I.2 del TP CPP y V del TP del CP), consagra este principio. No solo está prohibida la autotutela y el *ius puniendi* no es disponible, sino que corresponde al Poder Judicial la aplicación del derecho penal –las partes no tienen derecho subjetivo alguno sobre la relación jurídico-material– y este se aplica por el órgano jurisdiccional necesariamente por medio del proceso –*nemo damnetur nisi per legale iudicium*– [MONTERO]. Por tanto, se impone el proceso para que se tenga oportunidad de demostrar la comisión del hecho, su calificación, sus responsables y con todo ello, arribado a la sentencia, se declare el derecho subjetivo del Estado de aplicar la pena expresamente declarada en aquella [MORAS]. Por lo demás, en esa línea, pero en una perspectiva externa, el referido principio no admite que para la aplicación del derecho penal se acuda a una jurisdicción arbitral, así como también las partes no tienen poder de disposición sobre el objetivo del proceso.

El principio de oficialidad importa que la realización del proceso, de comienzo a fin, es un asunto del Estado en función al interés público que lo

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

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

Complemento de la oficialidad es el principio de irrevocabilidad, en cuya virtud ejercitada la acción pública por la Fiscalía, a través de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, ésta ya no se puede desistir; el Ministerio Público no puede sustraer el caso ante el juez [ROXIN–SCHÜNEMANN].

El par opuesto de este principio es el dispositivo. El principio de oficialidad no tiene el mismo alcance en sede de investigación preparatoria y en sede de enjuiciamiento. En la primera etapa su vigencia es total. El interés público obliga a la Policía y al Ministerio Público a realizar las indagaciones, actividad que se realiza de oficio, sin condiciones. En la segunda etapa su vigencia se diluye notablemente debido al principio acusatorio conforme al cual, frente a la especial naturaleza

del *ius puniendi* y a que la búsqueda de la verdad material es uno de los fines del proceso penal, se entiende que cualquier actividad del órgano judicial le hace perder su posición de tercero imparcial si actúa de oficio.

La obligación de promover la acción penal corresponde al Ministerio Público y el derecho de hacerlo, mediante querrela, al ofendido por el delito –como derecho es de ejercicio optativo–. El poder jurídico de acción es un mero *ius ut procedatur*; la admisión de la acción y, en su día, la aceptación de la acusación y la condena, está condicionada a la acreditación de los hechos y de su carácter típico y punible.

4. Principios de legalidad u obligatoriedad vs. de oportunidad

4.1. Principio de legalidad u obligatoriedad

El principio de legalidad, anota ARMENTA DEU, en su manifestación procesal atiende a la ideología del Estado de Derecho, en cuanto pretende el sometimiento de los poderes públicos a la Ley. En lo penal se tienen tres formulaciones clásicas: **1.** Nullum crimen sine poena. **2.** Nulla poena sine lege. **3.** Nulla poena sine iudicio. Su destinatario son los poderes públicos (juez, fiscal, policía). Es una exigencia no solo (*í*) de seguridad jurídica, que permite la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino, además, (*íí*) de la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. El Ministerio Público deberá perseguir el hecho aparentemente delictivo, solo –pero siempre– ante la percepción de determinadas sospechas, continuando hasta la resolución que se contempla en el CPP.

El principio de legalidad opera como garantía instrumental del derecho a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal, de ahí que deba responder a exigencias de generalidad y abstracción en sus previsiones y no pueda supeditarse a determinaciones extranormativas. Esta es la razón principal de que el principio de legalidad penal implique necesariamente la obligación de ejercicio de la acción, cuando concurren los presupuestos necesarios al efecto.

Ahora bien, este principio, entonces, 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.º1805-2005PHC/TC, FJ 27). Es el necesario complemento del monopolio de la acusación a favor de la

Fiscalía y tutela la igualdad en la aplicación del derecho, “puesto que solo la Fiscalía ha de decidir, después de la terminación del procedimiento de averiguación, si se formula acusación contra el presunto autor de un hecho punible, tiene que estar obligada también a la realización de las investigaciones” [TIEDEMANN]. La exigencia de persecución, como es obvio, se impone no cuando existan suposiciones vagas, sino cuando resultan indicios racionales de criminalidad o, como dicen los artículos 329.1 y 336.1 CPP, “sospecha de la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito” o “indicios reveladores de la existencia de un delito” —ese es su contenido—. Esta facultad de decidir si se ejerce o no la acción penal, no puede ser realizada de modo arbitrario (STC n.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 (artículos 346.1 y 352.4 CPP) [ORTELLS/ARMENGOT]. Es de acotar que el CPP rechazó el proyecto inicial que instituyó otro control a través de la figura del querellante adhesivo, que autorizaba al ofendido por el delito, ante la negativa del fiscal, a instar la acusación y atribuía al juez la potestad jurisdiccional para actuar el derecho penal pese a la omisión del fiscal. Son dos las notas que expresa este principio de obligatoriedad: **1.** Inevitabilidad en la promoción de la acción penal por delitos públicos. **2.** Irretractabilidad de la misma [CHAIA], esto es, una vez promovido el proceso —puesta en conocimiento al juez: artículos 3 y 339.2 CPP—, su suerte no puede depender de la voluntad de las personas públicas o privadas que lo hayan iniciado: fiscal y querellante particular; su curso y culminación está predeterminado legalmente.

4.2. Principio de oportunidad reglada

El CPP acoge, limitadamente, el *principio de oportunidad reglada*. Surge en contraposición al principio de legalidad, y a partir de la facultad del titular de la acción penal para disponer el ejercicio de la acción penal, pero cumpliendo los presupuestos previstos en la norma [PÉREZ-CRUZ/FERREIRO/PIÑOL/SEOANE]. Este principio, bajo otras fórmulas y momentos procesales, tiene aplicación tanto en el Derecho Penal sustantivo, siempre inspirado en el principio preventivo de la pena (v.gr.: desistimiento en la tentativa, retractación en los delitos contra el honor, autorización de la víctima en delitos semi públicos, querrela en delitos

privados, perdón del ofendido, sistema vicarial para imputables relativos, exención de la pena), como en el Derecho Procesal Penal, a través de diversas instituciones (terminación anticipada, conformidad procesal, colaboración eficaz). Permite a las autoridades a cargo de la persecución establecer los puntos centrales de la lucha contra la criminalidad, sin desconocer que es un principio que también se ubica en el ámbito de la legalidad.

El principio de oportunidad, por razones de conveniencia –de tipo político o económico–, de utilidad o de un manejo más eficiente en la asignación de los recursos [CAFFERATA], subordina la perseguibilidad de algunos delitos tanto a que se superen las exigencias de necesidad o de merecimiento de pena legalmente previstas (artículo 2.1 CPP), como a que el imputado y la víctima lleguen a un acuerdo reparatorio (artículo 2.6 CPP) –asunción como fundamento de las teorías utilitarias de la pena–. En ambos supuestos, el artículo 2 CPP autoriza al Ministerio Público a abstenerse de formular cargos.

La institución de la suspensión del proceso o de la persecución penal, que también es expresión de este principio, no ha sido acogida en el CPP. Tampoco se han incluido los motivos de economía procesal en los casos de hechos accesorios sin importancia, lo que se da en grandes procesos en los que se consigue un aceleramiento del proceso por medio de una renuncia parcial a la persecución penal (véase, por ejemplo, artículo 154, n.º 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 (artículo 372 CPP), de los procesos de terminación anticipada (artículo 468 CPP), de colaboración eficaz –concentrado en injustos de organización y en algunos delitos graves– (artículo 472 CPP). Estas instituciones, en general, no han merecido reproches del TEDH. Las SSTEDH Golder, Airey y Deweer, de 21-02-75, 09-10-79 y 27-02-80, son aceptables en cuanto cumplan

determinados requisitos, entre los que destaca la ausencia de amenaza –la naturaleza de los cargos y la acusación pendiente, que puede obviamente materializarse en una condena, no puede ser calificada de una amenaza o presión incompatible con los derechos fundamentales–.

No puede dejar de mencionarse que, de un lado, el principio de oportunidad ha de respetar el principio derecho de igualdad, lo que exige justificar, desde la ley, por qué en un delito se persigue y en otro se opta por no hacerlo; y, de otro lado, debe respetarse el principio de proporcionalidad, que da cuenta de las características, circunstancias y entidad del injusto y de la culpabilidad de la infracción penal, de la personalidad del imputado, de la estricta necesidad de su utilización y de la adecuación a los fines del proceso y de la pena, de los efectos de la pena sobre el imputado y de la situación de la víctima –la proporcionalidad en materia de oportunidad reglada requiere que en el caso individual se puede renunciar a un castigo si motivos preventivos no lo exigen [ROXIN-SCHÜNEMANN]–. Asimismo, este principio resulta justificado en razones de igualdad, pues corrige las desigualdades del proceso de selección; en razones de eficacia, dado que permite excluir causas carentes de importancia que impiden que el sistema penal se ocupe de asuntos más graves; en razones derivadas de la actuación o concepción de la pena, ya que el principio de legalidad entendido en sentido estricto sólo se conjuga con una teoría retribucionista de la pena [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA]. De ahí que el ordenamiento tiene tres grandes grupos de archivo del procedimiento por oportunidad: (i) por interés insignificante (falta de necesidad de pena y falta de merecimiento de pena), (ii) por interés sustituible (imponiendo obligaciones al imputado en determinados hechos o, en determinados delitos, acordando reparaciones a la víctima), y (iii) por interés disminuido (v.gr.: fomentar la predisposición de denuncia de la víctima extorsionada o coaccionada, en los delitos contra la Administración Pública para no criminalizar al denunciante, o en los casos de colaboración eficaz) [cfr.: ROXIN-SCHÜNEMANN].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es de entender que el principio de investigación, referido a la aportación de los hechos y de las pruebas, significa: **(i)** el juez no está vinculado a lo afirmado por

las partes en cuanto órganos de prueba; *(ii)* no se aceptan los procesos por ausencia –nuestro CPP no acepta, incluso, el proceso contumacial o por rebeldía; y, *(iii)* el juez no está limitado por las solicitudes de prueba por las partes, por lo que puede instar prueba oficio, aunque limitada o matizadamente. La verdad material debe ser esclarecida de oficio, cuyo descubrimiento no depende exclusivamente de la iniciativa de las partes –esta tarea no excluye la iniciativa y la labor de ellas en cuanto a la aportación de hechos y proposición de actos de investigación y actos de prueba– y, como ya se anotó, sus solicitudes probatorias, no vinculan al juez, quien puede ordenar pruebas de oficio indispensables para la comprobación de los hechos, tendente a una mejor obtención de resultados probatorios y, al fin y al cabo, al total esclarecimiento de los hechos. Desde la relación entre Derecho penal y Derecho procesal penal, el principio de investigación rodea el principio de legalidad material hacia el lado fáctico, por lo que, de acuerdo con ello, el objeto del proceso, su estricta definición, está sustraído a la disposición de las partes – en sede de investigación preparatoria el fiscal identifica los hechos y los indaga–, a causa de lo cual se excluye una restricción de la recepción de la prueba, que conduce de modo indirecto al mismo resultado.

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

Es el elemento nuclear del proceso, consustancial a la creación y existencia misma del proceso concerniente a su estructura esencial. A su vez explica dos principios: de contradicción o audiencia y de igualdad [GUTIÉRREZ DE CABIEDES]. Las partes, desde una perspectiva relacional, están ubicadas en dos posiciones procesales distintas y enfrentadas, y ante un juzgador que, situado neutralmente por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones [DE LA OLIVA]. Unas partes sostienen los cargos o acusan –las llamadas partes acusadoras–, y otras se resisten, a quienes se les acusa –las denominadas partes acusadas–. Lo esencial, de cara a este principio, es la existencia de dos posiciones procesales opuestas, pues puede haber un número indeterminado de partes procesales (por ejemplo, muchos actores civiles que reclaman una

indemnización al imputado o al tercero civil responsable). No puede existir proceso si no existen dos posiciones procesales, total o parcialmente, equidistantes entre sí, y sobre este principio se manifiestan y concretan los principios de contradicción e igualdad –lo expuesto, además, da pie al principio de desconcentración funcional: acusación, defensa y decisión, en cabeza de tres personas distintas [COMPAIRED/SANTAGATI]–. Ello explica, en todo caso, que en la etapa o procedimiento principal del proceso penal: enjuiciamiento, el juicio no podrá tener lugar si el acusado acepta los cargos. Según el artículo 372.2 CPP, en clave de conformidad procesal, si el acusado admite los cargos –ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil–, el juez ha de declarar la conclusión del juicio para dar lugar a una sentencia conformada (RN 2257-2009/Piura, FJ 4).

6.2 Principio de contradicción

Este principio desarrolla virtualidad normativa como mandato dirigido tanto al juzgador como, antes, al propio legislador. Contiene una doble exigencia y garantía. Por un lado, las partes deben gozar de la oportunidad efectiva de actuar y ser oídos dentro del proceso, en defensa propia posición jurídica, y de otro lado, éstas han de tener conocimiento del objeto del proceso y de todos los materiales, de hecho y de derecho, que pueden influir en la decisión judicial. Como garantía, de él fluye el derecho fundamental procesal de defensa [GUTIÉRREZ DE CABIEDES].

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/RIAÑO].

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

Su contenido es doble. **1.** De un lado, importa la necesidad de ser oído, que se erige en un derecho no renunciable, que funciona como regla imperativa en

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

Este principio se plasma en una frase clásica: “Nadie puede ser sancionado sin ser oído y vencido en juicio”, que se identifica con los brocardos ya clásicos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari 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 (artículos 2.2 y 139.3 de la Constitución). Dice de la relación que debe existir entre los organismos encargados de la persecución penal y las demás partes acusadoras, por un lado, y el imputado y las demás partes acusadas, por el otro. En virtud de este principio se requiere que se establezcan las condiciones objetivas que aseguren la actuación equitativa de las partes y se eviten privilegios irrazonables a alguna de ellas (STC n.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]. Este principio trata de no tanto otorgar a cada una de las partes el derecho a realizar un número igual de actos de alegación y de prueba, dispuestos en sucesión paralela, sino de que, en conjunto, dispongan de posibilidades parejas para sostener su posición, sin permitir que la regulación legal o erróneas resoluciones judiciales coloquen a una parte en situación de desventaja injusta [DE LA OLIVA].

El principio de igualdad de armas exige una conducta correcta de la administración de justicia punitiva en la persecución del delito y que inevitablemente genere desventajas para el imputado, a partir de lo cual el proceso incorpora salvaguardas jurídico-procesales a las partes, en especial al imputado,

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

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

CPP), así como las sometidas al secreto sumarial (artículo 324.2 CPP). En este último caso, se entiende que estas limitaciones son provisionales y no impiden la posterior restauración del equilibrio y la igualdad de armas [BANACLOCHE].

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

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

6.4. Principio de eficacia de la serie procedimental

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

Este principio, presupone otros especialmente trascendentes: preclusión y eventualidad. El primero (preclusión), persigue que el proceso avance y una de sus formas es la eventualidad [COUTURE]. La preclusión implica la pérdida o

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

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

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

7.1. Concepto

Este principio y su par dialéctico, el principio inquisitivo, establecen bajo qué determinación de roles y bajo qué condiciones ha de efectuarse el enjuiciamiento 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].

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

7.2. Notas esenciales

Son tres las exigencias que plantea el principio acusatorio: atribución de la investigación y del juicio a distintos órganos públicos, distribuciones de las funciones de acusación y decisión, y correlación entre la acusación y sentencia [GIMENO]. El Tribunal Constitucional no ha reconocido la congruencia como nota esencial y la remite a la garantía de motivación (STC n.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– (artículos 60.2 y 322.1 CPP) [RN n.º 1764-2009/Cusco, FJ 4], y al juez la determinación de la procedencia del juicio oral y su ulterior realización (artículos IV.1 y V.1 TP, y 346.1 y 5, 351-353 y 356 CPP). Es más, cada etapa del proceso penal debe estar a cargo de un órgano público distinto: la investigación preparatoria al fiscal, la etapa intermedia al juez de la investigación preparatoria, y la etapa de enjuiciamiento al juez penal –unipersonal o colegiado– (artículos 28.3a, 29.4 y 60.2 CPP); y, desde la perspectiva de la persona que integra esos órganos, quien ha intervenido en la investigación preparatoria y/o en la etapa intermedia no puede hacerlo en el juicio oral.
- B. **Distribución de funciones de acusación y decisión.** Rige el aforismo ‘*Nemo iudex sine accusatore*’. No solo la inculpación formal es de responsabilidad

y titularidad exclusiva del Ministerio Público (artículos 60.1, 322.1, 329.1 y 336.1 CPP), sino que fundamentalmente el juicio oral ha de iniciarse con la necesaria formulación y aprobación de la acusación, a través de la cual se introduce la pretensión penal y, cuando corresponde, la civil (artículos 356.1 y 11.1 CPP), que determina el objeto del proceso y la persona del acusado; ambos elementos delimitan el ámbito sobre el que puede proyectarse el poder de resolución del juez [ORTELLS/ARMENGOT]. El órgano jurisdiccional, además, tiene vedada la posibilidad de sostener la acusación, de suerte que, si el fiscal retira la acusación, solo podrá instar el control jerárquico, decisión que en última instancia lo vincula (artículo 387.4 CPP). Esto último, al igual que el procedimiento para forzar la acusación escrita (artículo 346.1 CPP), constituye una excepción material a este principio, justificado en la protección de los derechos públicos subjetivos del ofendido por el delito –al ser atentatorias del derecho de la víctima, se exige un control judicial (STC n.º 4620-2009-PHC/TC, FJ 11)–, derivados del principio de legalidad y del monopolio acusatorio del Estado [ROXIN].

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

- C. **Correlación entre la acusación y la sentencia.** Establece una determinada correlación o congruencia (similitud, semejanza o correspondencia) entre la pretensión penal –asumida en la acusación oral, que es la que marca el límite entre lo prohibido y lo permitido– y el fallo. La congruencia o correlación es el deber de dictar sentencia impuesto al juez conforme a las pretensiones deducidas por las partes en el proceso (Casación Penal n.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 [CHAIA]. Tiene una configuración objetivo-subjetiva: hechos atribuidos al acusado. Los defectos de incongruencia, en cuanto vulneración de este requisito, son incongruencia *supra o ultra petita*, incongruencia *extra petita* e incongruencia *infra petita*, según se conceda en el fallo más de lo que

pedía el fiscal, se resuelva sobre un objeto procesal distinto o se conceda menos de aquello legalmente establecido y pedido por el Ministerio Público. Propiamente no existe defecto de incongruencia omisiva –o por omisión de pronunciamiento– ya que entraña la vulneración de otro deber del juez: de exhaustividad o de motivación [LÓPEZ-FRAGOSO].

Son cuatro las expresiones de esta nota esencial:

- (i) *Congruencia fáctica*. Es de carácter objetivo. La vinculación entre acusación y sentencia –hecho acusado vs. hecho decidido– es al hecho punible –propiamente a la fundamentación– que se atribuye al imputado. Se circunscribe a (i) un acaecimiento real constitutivo de algún tipo de delito atribuido al imputado (elementos objetivo y subjetivo), y, dentro de tal fundamentación, (ii) al núcleo esencial del hecho justiciable –su esencialidad histórica es lo importante, por ende, aun cuando no han de ser distintos el hecho acusado y el hecho decidido no se requiere que necesariamente sean idénticos–, inmodificable como tal, no a sus circunstancias accesorias que muy bien pueden alterarse como consecuencia del debate oral (artículo 397.1 CPP). Es claro, entonces, que el juez no puede introducir en su sentencia ningún nuevo hecho que sea perjudicial para el acusado, que no figurara previamente en la acusación –interdicción de mutaciones esenciales–, pero ello no puede implicar, en modo alguno, que el relato de los hechos probados tenga que circunscribirse al mismo descrito por la acusación, ya que el juez puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, de conformidad con las pruebas practicadas en el juicio, y con la finalidad material y la mejor reproducción de la pasada realidad [SÁNCHEZ MELGAR].
- (ii) *Congruencia jurídica*. Exige una relativa concordancia entre el título acusatorio –que puede incluir conclusiones alternativas– y el título condenatorio –la perspectiva jurídica de los hechos imputados también es relevante, pues determina su relevancia y predetermina una específica estrategia defensiva–. El juez no puede castigar por un delito distinto al que ha sido objeto de acusación, ni siquiera apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la acusación. Se exceptúa esa exigencia, al permitirse la desvinculación del título acusatorio, en tanto las partes conozcan de esa alternativa y se respete la homologación o identidad del bien jurídico entre el tipo legal objeto de acusación y el tipo delictivo materia de condena (artículos 374.1 y 397.2 CPP; Acuerdo Plenario n.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 condicione la pena concreta–. Así, el juez no puede imponer una pena más grave que la requerida por el fiscal, aunque desde luego puede aplicar una pena menor si legalmente se justifica (artículos V y VIII TP del CP). Esta vinculación no procede, sin embargo, cuando la pena solicitada vulnera el parámetro punitivo legalmente previsto, cuando el fiscal insta una pena ilegal, “por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación” (artículo 397.3 CPP; v. gr.: STCE n.º 186/2009, de 07-0909). En tal virtud, el juez –sin introducir un elemento fáctico nuevo, sorpresivo, que altere la dosificación penal– puede imponer la pena que corresponda (artículo 397.3 CPP), aunque en su extremo mínimo (v. gr.: Acuerdo Plenario, Sala II TSE, de 20-12-06). Tal posibilidad incluye el hecho de que el fiscal, por error, no pida una de las penas conjuntas legalmente previstas, pues el imputado obviamente estaba al tanto de la previsión normativa, de la cual se pudo defender en el juicio oral (v. gr.: Acuerdo Plenario, Sala Segunda, TSE, de 27-1107).
- (iv) *Interdicción de la reforma peyorativa*. En las segundas o sucesivas instancias, como consecuencia de la exclusiva pretensión impugnativa del imputado, no se puede gravarlo aún más de lo que ya estaba por la sentencia recurrida. El órgano *ad quem* está vinculado por los límites, subjetivos y objetivos, trazados por la acusación y la defensa en la segunda instancia y en casación. Vulnerar esa vinculación importa agravar *ex officio* la pena del recurrente [GIMENO]. Es un vicio de incongruencia propio de la sentencia de segundo o de ulterior grado. Cabe destacar otros vicios propios de la incongruencia:
- La incongruencia por incoherencia, que se presenta cuando existe contradicción entre la motivación y la decisión.
 - En los órganos colegiados se tiene dos supuestos: la incongruencia por falta de mayoría y la incongruencia por falsa mayoría de votos; esto es, cuando no se cuenta con el número de votos necesarios para formar resolución o cuando la sentencia muestra acabadamente que en el ánimo de los juzgadores está el obtener una decisión determinada, pero se llega a otra por medio de la suma de votos [ALVARADO VELLOSO].

8. Principio de valoración libre de la prueba

El principio de valoración libre de la prueba dice del método elegido para tomar las decisiones más importantes del proceso, no solo de la sentencia –sin duda, la resolución de más trascendencia en el proceso– [BOVINO]. Está residenciado en el juzgador y le indica cómo ha de valorar o determinar la eficacia de los medios de prueba que han sido practicados para establecer como ciertos los datos (normalmente de hecho) que han sido objeto de la prueba [ORTELLS-ARMENGOL]. No hay reglas jurídicas que determinen la valoración de la prueba, que impongan al juez un criterio de convencimiento determinado. Aquí el juez debe en gran parte desprenderse del papel de técnico jurídico y asumir el de lógico. Es concebida como una actividad lógica racional con la cual el juez aplica a los hechos percibidos reglas cuya sobre cuya base deducir los hechos principales a probar –la deducción importa aplicar una regla o máxima de la experiencia, es decir, criterios cognoscitivos en base a los cuales vienen efectuadas las inferencias probatorias, reglas o máximas que pertenecen a todos los campos del conocimiento, de cuya mayor o menor seguridad depende la mayor o menor fundabilidad de la deducción, el grado de la probabilidad del hecho a probar– [PROTO PISANI]. Es de partir de una constatación: en la búsqueda de la verdad el órgano jurisdiccional está sujeto a determinadas reglas del procedimiento probatorio, pero sobre el resultado de la recepción de la prueba y de las alegaciones de las partes el juez decide libremente, pero sujeto a una fundamentación de los hechos objetiva y comprensible residenciada en la verdad; debe observar los estándares mínimos de la argumentación racional. El umbral de prueba permite una elevada probabilidad objetiva de que hayan ocurrido los hechos; luego, en caso de duda, debe dictarse una absolución, pues nadie puede ser condenado sin prueba legal de su culpabilidad [VOLK].

El artículo 393.2 CPP fija el principio que determina la apreciación de la prueba penal. Prescribe que “La valoración de la prueba respetará las reglas de la sana crítica [...]”. Sobre esa base se entiende –de ahí el concepto de valoración libre de la prueba– que los criterios en virtud a los cuales decidirá el juez –lo que se denomina sana crítica–; esto es, máximas de la experiencia, principios lógicos y conocimientos científicos (artículo 158.1 CPP), incluso reglas teóricas, son fijados y justificados racionalmente, a través de la imprescindible motivación, por el propio juez y no por el legislador –este no le impone ninguna traba, no le prescribe bajo qué condiciones debe llegar a una consecuencia y a una convicción determinadas–. Lo expuesto presupone que los distintos elementos de prueba no tienen un valor probatorio predeterminado legalmente –ha de diferenciarse, como es obvio, entre la

regulación legal de los diferentes medios de prueba, tendente a establecer el proceso de obtención y producción de la prueba, y su posterior incorporación al juicio, de la valoración de los mismos que se realiza con posterioridad y en el que no existen normas específicas del convencimiento judicial [BOVINO]—. La credibilidad de un concreto medio de prueba y del conjunto de los aportes que arroja la totalidad de la prueba actuada es decidida por el juez según su propio análisis, pero siempre utilizando como premisa mayor las máximas y reglas de experiencia, lógica, científica y teóricas.

Así, se entiende que la valoración de la prueba —el juicio valorativo judicial— radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: **i)** La premisa menor es una fuente-medio de prueba —resultado probatorio lícito, constitucionalmente aceptable, verificado en el juicio o, por excepción, a través de prueba preconstituida o anticipada—, **ii)** la premisa mayor es una máxima de la experiencia y **iii)** la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar [MONTERO]. La necesaria invocación de la máxima de la experiencia —incluyéndose, desde luego, las reglas de la lógica y de la ciencia, en el que juega un papel decisivo la prueba pericial, así como las reglas teóricas pertinentes— no significa arbitrariedad, sino que su objetivo es impedir el libre arbitrio y la posibilidad de entrada en la mente del juez de la “ciencia privada” [GIMENO].

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

La libertad de apreciación de la prueba, sin embargo, no recusa la posibilidad de reglas jurisprudenciales, de carácter admonitivo, cuya finalidad es concretar el criterio jurisdiccional de racionalidad probatoria —a través de requisitos mínimos—, y hacer más claros y seguros los criterios racionales exigidos constitucional y legalmente. La idea que subyace en este ámbito es que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado (BGHSt, 88, 236), por lo que en aras de la seguridad jurídica y a los efectos de su ulterior control por otros jueces, es admisible construir jurisprudencialmente algunas reglas que son expresión de la buscada racionalidad y objetividad de la apreciación judicial. En ese afán de sistematización de las reglas, que están en la base

del razonamiento inductivo, propio de la actividad judicial de valoración judicial de la prueba, la jurisprudencia suprema ha fijado lineamientos en materia de prueba indiciaria –plasmadas legalmente en el CPP–, declaraciones de coimputados y víctimas, y declaraciones de testigos de referencia, entre otros (Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116).

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

9. El principio de oralidad en el proceso penal

9.1. Aspectos generales

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

Se acepta pacíficamente en la doctrina procesalista que tanto la oralidad como la escritura –esta última, par dialéctico de la primera– son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales –es la característica formal de los actos procesales, tanto más si el Código asumió el sistema de legalidad de las formas, en tanto condición de seguridad jurídica y garantía de certeza en la resolución judicial [MONTERO]–. Ambas pueden definirse como aquellas en función de las cuales la sentencia [o, antes, toda resolución interlocutoria] debe basarse sólo en el material aportado en forma oral o escrita, respectivamente [PICÓ I JUNOY] –aunque, antes, la oralidad debe entenderse como la comunicación del pensamiento mediante la pronunciación de palabras destinadas a ser oídas [SFERLAZZA]–. De la palabra hablada depende la validez del acto procesal, que es, a su vez, su medio de expresión o comunicación, aunque es de aclarar que la oralidad es instrumental, por lo que debe ser adecuada a las finalidades que se buscan en y con el proceso jurisdiccional [MESTRE/ROJAS].

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

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

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

palabra hablada predomina como medio de expresión (forma del acto procesal) y la sentencia se ha de basar en las actuaciones producidas oralmente (función del acto procesal)–. La oralidad es el medio que implica la expresión de viva voz como la forma más directa de comunicación entre las partes [JAUCHEN]. Las pretensiones de las partes, la producción de las pruebas y las alegaciones de derecho, tienen lugar en una o más audiencias con la presencia del juez [ALSINA]. Lo sustancial es que la reconstrucción del hecho no debe realizarse mediante las actuaciones a puertas cerradas, sino en presencia de todas las partes procesales y de manera pública –el proceso en su conjunto ha de ser predominantemente oral–. Sobre el reproche se discute en forma oral –mediante la palabra hablada–, pues la sentencia solo puede ocuparse de aquellos sobre lo que se debatió en el juicio [VOLK], que es el momento procesal más significativo del proceso penal –es impropio, por lo demás, este principio en sede del procedimiento de investigación preparatoria– [MONTERO].

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

B. Otros preceptos legales procedimentales. La anterior disposición legal del Título Preliminar del Código Procesal Penal (artículo 1.2 TP CPP) circunscribe al juicio oral la vigencia del principio de oralidad. A esta regla se añaden otras normas del Código Procesal Penal, de similar factura, que prescriben que este principio se concreta en la audiencia principal (*Hauptverhandlung*),

que es concebido como el procedimiento principal, dentro del proceso penal declarativo de condena penal. Así, los artículos 356.1 (“El juicio es la etapa principal del proceso [...], rigen especialmente la oralidad...”) y 365.1, primera frase de la primera oración CPP (“La audiencia se realiza oralmente,...”). Empero, la oralidad, desde una perspectiva metodológica, y como medio de expresión para la emisión de autos interlocutorios de relevancia, también se prevé en las etapas de investigación preparatoria e intermedia. En estos casos se requiere de una *audiencia preparatoria* o de una *audiencia preliminar*.

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

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

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

La audiencia oral está sujeta a varias directivas necesarias: unidad, eventualidad, equivalencia y concentración. Por la primera se exige que cada

parte haga valer sus planteamientos, medios de prueba, interrogatorios, contrainterrogatorios, y alegaciones en el curso de la audiencia. Por la segunda se obliga que los planteamientos, todos, se formulen de una vez; se admite las acumulaciones eventuales, la segunda solo para el evento de que pretensión inicial no prospera, de que no sea tomada positivamente en consideración [DE LA OLIVA]. Por la tercera, para el dictado de la sentencia se estará al estado de hecho y de derecho del material procesal aportado en la última sesión de la audiencia pudiéndose considerar sólo aquello que es relevante y que fue incorporado oportunamente en la audiencia. Por la cuarta, la solución del asunto se hace en una sola sesión de audiencias o en varias sesiones temporalmente próximas [PÉREZ-RAGONE] —la concentración no se concilia bien con el orden sucesivo y espaciado de las actuaciones, la expedición de la sentencia debe producirse en un breve plazo de tiempo luego de la audiencia final, y las cuestiones incidentales se resuelven en ese acta, sin generar cuadernos incidentales [DE LA OLIVA]—.

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

La oralidad guía el desarrollo del procedimiento principal penal —según el citado artículo 356.1 CPP: La audiencia se realiza oralmente— y, en su punto culminante, desde la decisión más importante del proceso penal, la sentencia, el artículo 393.1 CPP, prescribe que: “*El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio*”: lo que, literalmente, se haya hablado, puede ser empleado para dictar sentencia. Su lema es entonces, como recordaba CAPPELLETTI, “*la inexistencia, a los efectos de juzgar, de todo acto no comunicado al juez oralmente en la audiencia de las partes o de sus defensores; pues la única base de la decisión es la palabra de las partes, pronunciada ante el tribunal que conoce de la causa*” [CUELLO]. Además, respecto de las demás etapas del proceso penal, la expedición de las resoluciones interlocutorias más trascendentes requieren de una audiencia oral para su emisión.

Pero, más allá de lo que el legislador consigne, lo importante es la naturaleza jurídica de la institución, cuyo análisis determinará si la denominación que introdujo es correcta o no. Si un principio jurídico se extrae del conjunto de las disposiciones del ordenamiento y las condensa configurando de este modo

una categoría lógico-jurídica que, en el caso del Derecho procesal, informa y ordena el desenvolvimiento del proceso jurisdiccional –fundamenta e informa la organización jurídica de una determinada comunidad–, resulta que la oralidad cumple ese canon lógico. La oralidad **(i)** tiene una sede natural: el juicio oral –se concreta en una audiencia–, **(ii)** dice cómo han de realizarse los actos procesales concernidos, **(iii)** define la actuación o ejecución de la prueba, **(iv)** acota los materiales que debe utilizar el juez en la sentencia; y, **(v)** en otras sedes, aunque con menos fuerza, impone al juez que las decisiones esenciales que profiera están precedidas de un debate oral en una audiencia donde se exponen los fundamentos de hecho y de derecho de las respectivas pretensiones de las partes, que el juez debe tener en cuenta como punto de referencia insustituible.

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

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

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

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

Otra prevención que es de tomarse en cuenta es que un solo elemento no define un procedimiento como oral o escrito. Desde CHIOVENDA se pensó que el elemento que lo definía se centraba en la manera de aportar las partes los hechos al proceso y de formular la pretensión –los escritos debían ser meramente preparatorios, anuncio de las deducciones que se va a hacer en la audiencia y medio básico para poner al demandado o imputado en situación de defenderse–. Empero, según se entiende en la actualidad, debe atenderse al conjunto de la actividad procedimental, de los actos del proceso. Así, una primera nota característica de la predominancia de la oralidad es que esta clase de procedimiento suele acabar con una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes; una segunda nota característica es la unidad de acto, en cuya virtud los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objeto de privilegiar la memoria del juez a la hora de dictar sentencia; una tercera nota característica es la inmediación que entraña, en cuya virtud el juez que dicte sentencia es el que ha practicado las pruebas: la actuación probatoria se realiza a presencia judicial y quien resuelve es el que estuvo en contacto con las fuentes-medios de prueba; y, una cuarta nota característica es las publicidad, por la que el público y, con más énfasis, los medios de comunicación social, presencian la realización del acto procesal [MONTERO].

No hay duda de que (i) si la etapa principal es la de enjuiciamiento y si ésta se desarrolla oralmente –al punto que se prohíbe la presentación de escritos para plantear o fundamentar toda petición o cuestión en audiencia, su argumentación será oral, y que las resoluciones interlocutorias en juicio serán

dictadas y fundamentadas verbalmente: artículo 361. 3 y 4, del CPP–; **(ii)** si la oralidad está presente, aunque en menor grado, en las etapas de investigación preparatoria e intermedia –para la expedición de las resolución más trascendentes del procedimiento en su conjunto–; **(iii)** si la existencia de audiencias es clave en el procedimiento recursal; y, **(iv)** si la sentencia requiere de materiales ejecutados y debatidos oralmente en la audiencia –véanse las disposiciones legales anteriormente citadas–, que es donde se cumple la parte sustancial del proceso [VÉSCOVI]: es de rigor afirmar, fundadamente, que el proceso penal nacional es predominantemente oral. El hecho de la etapa de investigación preparatoria sea escrita, no desvirtúa tal principio si se advierte que ésta es actuación encaminada a preparar el juicio (artículo 321.1 CPP) y que es en éste, en la prueba practicada en él, donde han de buscarse los elementos necesarios para formar la convicción del órgano judicial (artículo 3934.3 CPP) [MONTERO].

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

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

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

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

En consecuencia, en tanto se asuma el principio de oralidad, debe entenderse que la reconstrucción del hecho se hace en presencia de todos los sujetos procesales y de manera pública, es decir, sobre el reproche de culpabilidad se discute en forma oral, incluso los documentos deben ser leídos pues el encausado tiene el derecho a ser oído, lo que exige precisamente la lectura de la prueba documental [VOLK].

E. Concepto de “elementos de convicción”. Cabe señalar, desde ya, que la expresión “elementos de convicción” integra una de las nociones esenciales del derecho probatorio peruano en sede de investigación preparatoria e intermedia—expresión última entendida, por cierto, en un sentido amplio—. Responde, parcialmente, a la tercera pregunta básica en materia de prueba: ¿En qué puede fundamentarse la producción del material instructorio o investigativo? La prueba, entendida en un sentido epistemológico—que no técnico-procesal—, según la etapa del procedimiento penal en giro, se sustenta en los medios de investigación—cuya sede es la investigación preparatoria y la etapa intermedia— o en los medios de prueba—cuya sede es el enjuiciamiento—. Ambos, actos de investigación y actos de prueba, configuran los actos de aportación de hechos [GIMENO], aunque, conforme al artículo IV.2 TP CPP, los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional—típico de los actos de prueba—, salvo en los supuestos de preconstitución de prueba y de anticipación de prueba (artículo 325 CPP).

Cabe aclarar que la aludida expresión “elementos de convicción” es utilizada por el Código Procesal Penal en 30 artículos, todos ellos circunscriptos

a las etapas procesales de investigación preparatoria e intermedia (artículos VI.2 TP, 8.1 y 3, 54, 65.1, 87.1, 116, 122, 136, 145.2 a, 160.2 a, 203.1, 230.1 y 5, 253.2, 254.b, 255.1, 268.a, 283.3, 293.2, 294.2, 303.3, 311.3, 321.1, 335.2, 337.2, 344.2.d, 349.1.c, 446.1.c, 468.6 y 481-A.1 y 2, CPP). Bajo igual lógica, en las mismas sedes procesales, constan 4 artículos en los que se utiliza equívocamente, desde la perspectiva técnico-procesal, la expresión “elementos probatorios” (artículos 161, 297.2 a), 313.2 a) y 313-A CPP). Las diferencias solo se explican a partir de una obvia falta de concordancia y unidad gramatical seguida por el legislador.

Por otro lado, distintas son las expresiones cuando las referencias legales se ubican en la etapa procesal de enjuiciamiento. Se emplean, como sinónimos, en 6 artículos, las expresiones “medios de prueba”, “medios probatorios” y “pruebas” (artículos 373.1, 385.2, 387.1, 393. 1 y 2, 394.3 y 398.1 CPP). Es clara, pues, la diferenciación entre prueba, medios de prueba o probatorios y elementos de convicción, aunque con mejor factura técnica debió hacerse alusión al concepto “elementos de prueba”, que se refiere, como en el caso anterior, al resultado probatorio, al aporte fáctico, que emerge de un medio de prueba.

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

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

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

Fue la Revolución Francesa, a través del *Code de procédure civile* de 1806 y del *Code d'instrucción criminelle* de 1808 –los precursores de la oralidad fueron Mario Pagano en Italia y Jeremías Bentham en Inglaterra, pero la concreción puntual en la Europa del *civil law* tuvo lugar en Francia–, la que no solo **(1)** anuló el proceso inquisitorio, escrito y secreto, propio del Decretal del Papa Inocencio III de 1215 en el Concilio Lateranense IV, que consolidó el procedimiento que surgió en la etapa tardía del imperio romano –en la denominada *Quaestio Perpetua*– (en el Derecho Romano clásico, como se sabe, predominó la oralidad en el procedimiento penal) [DE LA ROSA]. Es de aclarar que la imposición de las actas se ordenó no tanto **(i)** por la difusión de la *apellatio* –que precisaba de la escritura al ser de utilidad la revisión de lo actuado en la anterior instancia–, sino **(ii)** para evitar que lo acaecido en el juicio pudiera ser posteriormente negado falsamente –positivamente, para que se conservara la memoria de lo actuado–, y que **(iii)** con el transcurrir de los años se exageró al punto de afirmarse: “*quod non est in actis non est in mundo*” (“lo que no está en el expediente, no existe en el mundo”), culmen de la burocratización del proceso. También **(2)** eliminó el principio fundamental de tal proceso, es decir, la unidad entre acusador y juez –e, incluso, suprimió la justicia de gabinete (el derecho del gobernante de influir en las sentencias, y la tortura (que se debió, por ejemplo, en Alemania, no tanto a una convicción humanitaria, sino más bien a las dudas que suscitaba el valor de las confesiones) [VOLK]–; asimismo, **(3)** garantizó la publicidad del juicio –como reacción a la opacidad de los procedimientos de cara a la población, dados los altos índices de analfabetismo, que además los hacía demasiado lentos [NIEVA]–, y **(4)** reintrodujo el ingreso de los legos a la impartición de justicia. De igual manera, **(5)** afirmó que los jueces ya no están vinculados a las reglas probatorias, sino a su libre convicción –la apreciación de las pruebas es el dominio del juez de los hechos–, y **(6)** proclamó, en virtud de lo anterior, que los jueces deben formar su convicción a partir de la impresión fresca que obtengan de la audiencia principal, de suerte que solamente aquello que sea objeto de debate en dicha audiencia puede ser fundamento para la sentencia –este último es el principio de la oralidad del proceso penal–. El cimiento de una sentencia, en suma, solo puede ser aquello que fue expuesto oralmente. Todo lo que sucede en el proceso (por ejemplo: interrogatorios, producción de la prueba y alegaciones), debe ser llevado a cabo oralmente, al igual

que el pronunciamiento de la sentencia, con su audiencia de lectura [ROXIN]; y, para ello, era necesario que las personas que participaban en el proceso probatorio (*Beweispersonen*) comparecieran ante el tribunal –se requería escucharlas, verlas, y obtener una impresión de ellas– [VOKL].

Estas notas características del proceso del “iluminismo” han sido profundizadas con la dación de nuestro Código Procesal Penal. El procedimiento penal patrio no solo (i) tiene una preponderancia oralista, en cuya virtud estableció, para hacerla posible, tanto la técnica de las audiencias (preparatorias, preliminares, principal, de apelación, de casación, de revisión, de extradición y de lectura de los fallos finales en todas las sedes procesales, cuanto el Código reconoce una separación temporal entre la audiencia de pruebas y el pronunciamiento de la sentencia), cuanto la regla esencial de que solo lo actuado en ellas puede fundar la sentencia o resolución interlocutoria, según el caso; además, políticamente, separó claramente a los órganos públicos para cada función relevante (la fiscalía investiga y acusa, el juez realiza audiencias y juzga: artículos IV y V TP y 60 CPP), reconoció la participación del acusado en igualdad de condiciones que el acusador, y sancionó tanto la independencia de los fiscales y jueces de los demás poderes públicos, como la libertad de defensa. También (ii) se incorporó los principios procedimentales de inmediación, publicidad y concentración, bajo la primacía del principio procesal de contradicción, como ejes esenciales del procedimiento de enjuiciamiento (artículos I.2 TP y 356/361 CPP) –el principio de inmediación, igualmente, se afirmó en el artículo 6 de la LOPJ, conjuntamente con la oralidad y concentración–. Asimismo, (iii) se reforzó el principio de libre valoración de la prueba para evitar el subjetivismo y la arbitrariedad judicial, exigiendo el respeto a las máximas de experiencia, los conocimientos científicos y las leyes de la lógica (artículos 158.1 y 393.2 CPP).

9.2. Oralidad y procedimiento probatorio

A. Oralidad y prueba. Solicitud probatoria. En atención a que lo esencial del proceso penal es la actividad probatoria, es relevante analizar cómo se desarrolla esta exigencia legal, base del principio de oralidad –ésta se refiere, en especial, como planteó en su día CHIOVENDA, a los hechos: a su alegación y a su prueba–. Es sabido que el Fiscal en su requerimiento de acusación debe ofrecer los medios de prueba para su actuación en la *audiencia principal* (artículo 349.1.h CPP). Al respecto, debe precisar los puntos sobre los que los testigos y peritos deben declarar o exponer, y hacer una reseña de los demás medios de pruebas que ofrezca (artículo 350.1.f CPP).

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

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

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

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

El período probatorio del enjuiciamiento tiene como eje que la prueba personal se ejecuta oralmente. El orden legal de esta modalidad de prueba está previsto en el artículo 375.1 CPP (imputado, testigo y perito, en ese orden: artículos 377 y 378.2 y 5 CPP) y la secuencia de las mismas, previa expresión

de las partes, las fija el órgano jurisdiccional (artículos 375.2, 377.1 y 378 CPP). Esta regla se reitera para el caso de los acusados (artículos 375.2 y 377.1 CPP): el juez, previa posición oral de las partes, fija la lista y primero exponen los acusados, luego testigos y finalmente los peritos, sin perjuicio de que el interrogatorio lo inicia quien propuso la prueba (artículo 378.2 CPP). El sistema de oralización de pruebas es distinto: se inicia con las pruebas propuestas el fiscal y luego con las demás ofrecidas por las partes procesales (artículo 384.1 CPP), el sistema de listas por cada parte informa la prueba documental y documentada, mientras que el modelo de lista única orienta la prueba personal.

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

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

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

El Código, no obstante, según la tendencia actual, reconoce algunas pérdidas del principio de oralidad; admite, por tanto, las siguientes excepciones a la regla de la declaración oral (exposición hablada) ante el tribunal –aunque, en buena cuenta, excepción del principio de intermediación–:

- C1. Si el acusado, en la audiencia principal, se rehúsa a declarar total o parcialmente, el juez previamente deberá advertirle que, aunque no declare, el juicio continuará y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal –claro está, siempre que en sede de investigación preparatoria lo hubiera hecho– (artículo 376.1 CPP). Lo anterior se relaciona con el artículo 86.1 CPP, que reconoce el derecho del imputado a prestar declaración y a ampliarla como efectivo ejercicio del derecho de defensa –se espera del acusado, si acepta declarar, que aporte libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso (artículo 376.2.a CPP)–. El apartado 2 de ese artículo estipula que, sin perjuicio de la declaración ante la policía, el Fiscal debe recibir la declaración del imputado, con la necesaria asistencia de su abogado defensor; esto es, lo que se lee es la declaración ante el fiscal, no la que se rinde ante la policía. Las reglas adicionales están señaladas en los artículos 87/89 CPP.
- C2. El testigo citado a declarar en la *audiencia principal*, debe hacerlo oralmente. Solo puede negarse a declarar cuando hace uso de su derecho a negar el testimonio (artículo 378.2 CPP). Este derecho solo está reconocido (i) en los casos de vínculos de parentesco, conforme al artículo 165.1 CPP –el secreto profesional y el secreto de Estado importa un deber de abstención de declaración (artículo 165.2 CPP)– o (ii) cuando de su testimonio sobre los hechos podría surgir

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

- C3.** En el caso de la prueba pericial, previo al examen del perito, el órgano jurisdiccional dará cuenta, mediante exposición breve, del contenido y conclusiones del dictamen pericial; y, si es necesario, se ordenará la lectura del propio dictamen pericial. Acto seguido, se exhibirá el informe pericial y se preguntará al perito si corresponde al que han emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del mismo (artículo 378.5 CPP). La explicación y, si el dictamen es complejo, su propia lectura, son requisitos básicos de la prueba pericial; la espontaneidad no es la lógica de la prueba pericial, sí de la prueba testifical.
- C4.** En los casos de **(i)** olvido de lo que antes se declaró o anotó, o **(ii)** de contradicciones, en el caso de testigos y peritos, el Código autoriza la lectura de la parte correspondiente de su interrogatorio anterior –si se hubiere realizado en sede de investigación preparatoria–, siempre que no se pueda constatar o superar de otra manera (artículo 378.6 CPP). A esta posibilidad se le denomina “confrontación con documentos” y teóricamente se la entiende como un “auxilio al interrogatorio”.
- C5.** La regla anteriormente expuesta no ha sido expresamente reproducida para el caso de la declaración de los imputados. ¿Significa que no es posible la interpelación mediante la lectura de declaraciones realizadas en sede de investigación preparatoria? La obligación judicial de esclarecimiento preside las exigencias de prueba, la *veritas delicti* es una meta esencial del proceso penal de nuestra ámbito de cultura –del *civil law*–. Por consiguiente, es de admitirse discrecionalmente la lectura de esas declaraciones previas. Distinto es el caso del valor de lo que resulta

de las explicaciones del imputado, más aun si en sede de investigación preparatoria confesó los cargos. En Alemania, la jurisprudencia señaló que el fundamento de la sentencia “no podrá ser el contenido del documento leído con ese fin, sino únicamente la aclaración del interrogado provocada por la interpelación” (BGHSt 3, 281) –su fin, pues, no es probatorio, sino meramente interpelatorio–. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, estimó lo contrario [en igual sentido, ORTELLS, STCE 137/1998, de 7 de julio y STSE de 1626/2000, de 25 de octubre]; si se examinó ampliamente al imputado y se introdujo en el interrogatorio lo que éste expuso en ocasión anterior, más allá de que se lea total o parcialmente, el Tribunal puede optar, justificándolo, por una u otra declaración; no es de recibo sostener, en principio, que la declaración en sede investigación preparatoria carece de mérito conviccional alguno a menos que se reproduzca en la audiencia principal; pero, ante la falta de inmediación de aquélla, se requerirá su mayor credibilidad en función a su verosimilitud objetiva, lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios, así como que el Tribunal exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el juicio oral [CALDERÓN/CHOCLÁN]. El Tribunal Supremo de España, por ejemplo, llegó a otorgar valor probatorio a la incriminación policial, siempre que esa manifestación se incorpore al juicio debidamente y se someta a la pertinente contradicción, debiéndose permitir a la defensa interrogar a las personas ante quienes se produjo dicho reconocimiento extrajudicial (SSTSE de 17-1-1999 y 25-9-2000).

D. Oralización de las pruebas – Prueba documental. Desde la propia lógica del sistema de oralidad del Código Procesal Penal se tiene la prueba documental y determinadas pruebas documentadas –actuadas y protocolizadas en sede de investigación preparatoria o con anterioridad a la realización del juicio oral–. La prueba documental está reconocida en el artículo 185 CPP. Se trata de *documentos* escritos (manuscritos), impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces, y otros similares, “...que por su carácter formal dan fe acreditativa de la certeza de su contenido, de procedencia extraprocesal e incorporados después de emitido o producido, al procedimiento judicial” (STSE de 21-7-1995). Por tanto, quedan fuera de la prueba documental las pruebas personales, que aunque se documentan bajo la propia fe judicial (declaraciones

–imputados, testigos y peritos–, informes policiales o de otras autoridades, actas varias –detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, informes o dictámenes periciales, actas de examen y de debate pericial sumarial, actas conteniendo declaraciones y diligencias mediante exhorto, entre otras: artículo 383.1, c, d, e, CPP).

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

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

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

E. Oralización de las pruebas – Lectura y reproducción de la prueba documental. El principio de oralidad tratándose de la prueba documental se cumple, primero, indicando dónde se encuentra el documento concernido; segundo, destacando oralmente el significado probatorio que considere útil; tercero, dando

lectura o reproduciendo la prueba documental; y, cuarto, explicando cada parte contradictoriamente, el contenido de la misma y su relevancia probatoria (artículo 384 CPP).

Una excepción a la necesidad de la lectura o reproducción íntegra de la prueba documental, la brinda el apartado 2 del artículo 384 CPP. Si la prueba documental es muy voluminosa –expresión, sin duda, indeterminada y, por tanto, proporciona al juez un gran poder de configuración de su contenido– se podrá leer o reproducir parcialmente; también podrá prescindirse de esto último, pero en este caso se dará a conocer su contenido esencial. Las partes deben, y el juez así lo exigirá, para que la limitación al principio de oralidad –el procedimiento de autolectura– no sea irrazonable, que se dé cuenta del contenido global del documento y, en especial, se precise en qué consiste el elemento de prueba que deba destacarse –la opción por la prescindencia de la lectura es de *ultima ratio* y, por ende, será preferible optar por la lectura o reproducción parcial, precedida de la explicación correspondiente–. De este modo, aunque restringidamente, se cumplirá con el conocimiento oral del contenido de la prueba documental y de su nivel de aporte probatorio o de relevancia. Siempre se debe exponer oralmente el contenido del documento y realzar, en lo que corresponde, el mérito que contiene para la pretensión de la parte que lo aporta; de lo contrario, la proclamada oralidad se convierte en una ceremonia sin valor cognoscitivo, es decir, en una mera formalidad [VOLK].

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

F. Oralización de las pruebas – Lectura excepcional de la prueba documentada. El CPP autoriza la lectura o reproducción de la denominada “prueba sumarial” o, mejor dicho, “actos de investigación con valor de prueba” aunque no lo son. La justificación teleológica de esta permisión, que finalmente cumple con el principio de oralidad –aunque la palabra hablada es utilizada de modo indirecto, pues ésta, a diferencia de la prueba personal, no trasmite la información por quien por sí mismo percibió o presenció el hecho objeto de información– pero excepciona el principio de inmediación, permite evitar que ciertos elementos de convicción se pierdan absolutamente, con detrimento de la meta de esclarecimiento de la verdad de los hechos y de los intereses de las partes [ORTELLS]. Son cuatro las modalidades de esta clase especial de prueba documentada, reconocidas expresamente por el artículo 383, apartado 1, literales b, c, d, e, CPP: prueba anticipada previsible (literal ‘a’), diligencias objetivas e

irreproducibles o prueba preconstituida (literal 'e' y artículo 425.2 CPP), prueba sumarial no previsible (literal 'c'), y prueba testifical por exhorto (literal 'd'). Formalmente, debe leerse el acta respectiva o reproducirse si está contenida en un audio o video –es su requisito formal–.

F1. La prueba anticipada está prevista en los artículos 242/246 CPP. El criterio general –primer principio–, como quedó expuesto, es que la fuente de prueba no está disponible para el juicio (actos inaplazables y actos irrepetibles); la regla asumió el principio de tipicidad, por el que se estipuló los supuestos de no reenviabilidad a juicio; además, el tercer principio es la exigencia de que la fuente de prueba que se trata de conservar resulte relevante en relación con la decisión de fondo del procedimiento; y, el cuarto principio está referido al límite temporal en la práctica de la prueba anticipada: etapas de investigación preparatoria e intermedia [FLORES PRADA].

El acto inaplazable al momento del juicio tiene que ver directamente con la imposibilidad o inconveniente de que la práctica de la prueba se remita al momento del juicio, resultando imprescindible la práctica inmediata si se quiere que la fuente de prueba no se pierda o se perjudique su integridad informativa. El acto no repetible es aquel cuya práctica no puede ser reproducida en el juicio oral, esto es, aquel que no puede ser practicado dos veces con el mismo resultado, ya sea por causas previsible u originarias, ya sea por causas o razones sobrevenidas [DE ROBERTO].

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

El objeto de la prueba anticipada, por tanto, es un acto de investigación personal; y, deber ser, como nota característica, un acto de carácter

irrepetible o indisponible, siempre previsible, y urgente. Lo primero (irrepetibilidad) significa que la fuente de prueba es fugaz o que resulta de imposible reproducción en el juicio oral a través del correspondiente medio de prueba; ésta indisponibilidad de producción plena y con garantías de integridad se ha de advertir en el mismo momento en que se realiza el acto. Las causas de tal irrepetibilidad pueden ser materiales, por la fiabilidad de la prueba, por la función procesal que cumplen, por la concentración del juicio oral, por la inmediatez y los medios personales, por disposición legal, y por razones de orden público [SAN MARTÍN].

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

Lo segundo (urgencia) denota que el acto en cuestión debe practicarse por la autoridad legalmente reconocida para ello [ASENCIO]. Este requisito, en esta modalidad de prueba sumarial,

exige la intervención judicial. Su práctica, previo pedido de la parte legitimada y autorizada por el juez, es compatible con las reglas de actuación probatoria que rige el juicio oral –se trata, pues, de una mera anticipación probatoria–.

- F2.** La prueba sumarial no previsible está prevista en el artículo 383.1. 'c' y 'd' segunda oración, CPP. Su objeto es la declaración testifical y el examen del perito –incluso se extiende a la exigencia de realización de un informe o dictamen pericial–. Se centra, por consiguiente, en los medios de investigación personal.

Las razones de la no previsibilidad se presentan luego de la realización del acto, que impiden la presencia del testigo –incluyo al coimputado o ex-coimputado– o del perito al acto oral. El requisito material se refiere, solo respecto del testigo o perito, al: fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero –básicamente, imposibilidad absoluta– o por causas independientes de la voluntad de las partes –generalmente, imposibilidad relativa, vinculada a la presencia de determinadas circunstancias de tiempo y lugar–. Así, por ejemplo, cuando el testigo o perito reside en el extranjero porque el juez peruano carece de facultades para obligarle a comparecer (STSE 209/1998). De otro lado, si la ausencia al acto es imputable a la parte, ésta perderá el derecho a que se practique esa prueba y la lectura sustitutiva, pero el juzgador podrá acordar de oficio la lectura si concurre objetivamente el presupuesto de la imposibilidad [ORTELLS, artículo 385.2 CPP]. Estos lineamientos, interpretados restrictivamente, se erigen en la condición necesaria para la lectura o reproducción de la diligencia de investigación.

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

- F3.** La prueba preconstituida. Es también un acto de investigación, a los que se aplican asimismo las notas de irrepetibilidad y de urgencia. Es una prueba documental, que practican la Policía, el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización del juicio oral; por ello, esta prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba que posibilitan su introducción en el juicio oral a través de la lectura o reproducción, como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena [GIMENO]. Por razones de urgencia, y desde un punto de vista subjetivo, estos actos puede realizarlos la Policía y la Fiscalía, que es lo que lo diferencian de la prueba anticipada, que solo puede realizarla el Juez de la Investigación Preparatoria. Esta última, además, se circunscribe al testimonio y a la pericia y otras pruebas personales.

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

El requisito objetivo de esta diligencia de investigación para su preconstitución probatoria es su actuación conforme a la legalidad que las rige. En unos casos será necesaria la autorización judicial y la intervención del Fiscal, así como la posibilidad de contradicción –si

la contradicción fuera factible–; y, en otros, por la naturaleza de la diligencia, solo el estricto cumplimiento de la ley y la objetividad de los datos que consten en el acta. No podrá exigirse intervención de abogado defensor, por ejemplo, en los casos de detención en flagrancia y la consiguiente incautación o hallazgo de bienes delictivos, de levantamiento de cadáver, de control de comunicaciones, etcétera.

- F4.** Las declaraciones, exámenes periciales e informes periciales por exhorto. No solo se requiere que esos medios de investigación personales se actúen mediante exhorto, por un juez comisionado; también, concurrentemente, se exige que el testigo o perito esté en una situación de imposibilidad absoluta o relativa, según lo expuesto en el literal c) del apartado 1 del artículo 383 CPP (motivos de imposibilidad o irrepetibilidad).

G. Interrogatorio audiovisual. El Código Procesal Penal permite el interrogatorio audiovisual tanto del imputado –incluso su presencia virtual en la audiencia principal, que instauraría lo que la doctrina italiana denomina “proceso a distancia”–, como de los testigos y peritos, de los sujetos protegidos e, incluso, del reclamado en el proceso auxiliar de extradición. Lo expuesto significa que el interrogatorio de estos intervinientes procesales no solo se ha de desarrollar “*face to face*” (cara a cara) en la Sala de Audiencias o en el mismo recinto judicial –inmediación física–, sino también, en determinadas situaciones de excepción, a través de una conexión “*live*” (en vivo) con otro lugar (videoconferencia) –inmediación virtual– [VOLK]. Ésta se entiende como la tecnología de telecomunicaciones que proporciona un sistema de comunicación bidireccional de audio, video y datos que permite que los órganos judiciales receptores y emisores mantengan una comunicación simultánea e interactiva en tiempo real (Directiva 005-2015-CE-PJ, punto 3; de 15-7-2015).

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

8) la posibilidad de inspeccionar cosas o lugares peligrosos o de muy difícil acceso [MIRA ROS].

La videoconferencia es un instrumento técnico. Cuando se emplea para la actuación probatoria no es un medio de prueba sino una simple “modalidad técnica de la práctica de la prueba” susceptible de ser empleada para la obtención de declaraciones y que, por consiguiente, puede ser apta para la práctica de pruebas testificales, periciales y, quizá también, para la declaración del imputado en circunstancias realmente excepcionales. Por ende, cuando se utiliza la videoconferencia, debe entenderse que es el concreto medio de prueba que se va a llevar a cabo: declaración del testigo, examen del perito, declaración del imputado, más allá de que se requerirá en estos casos ciertas particularidades en cuanto a la documentación y fehaciencia de la actuación [ARNAIZ].

El artículo 119-A CPP estipula que si bien la presencia física del imputado es obligatoria en la audiencia principal y en los demás actos procesales en los que deba intervenir por mandato legal, por excepción, **(i)** cuando el imputado esté privado de su libertad y **(ii)** su traslado a la Sala de Audiencias encuentre dificultades por **a)** la distancia o **b)** porque exista peligro de fuga –se trata de dos supuestos concretos, aunque de un contenido indeterminado, por lo que la interpretación de la regla jurídica pertinente debe ser restrictiva al importar una limitación a la presencia física, siempre preferible por garantizar con mayor énfasis la oralidad y, esencialmente, la inmediatez– corresponde utilizar –como *última ratio*– el método de la videoconferencia. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 233-2015-CEPJ, de 15-7-2015, aprobó la Directiva Número 005-2015-CE-PJ, para garantizar su adecuada utilización. A su vez, se cuenta con las Directivas número 001-2014 y 001-2013-CE-PJ, de 7-1-2014 y 13-3-2013, respectivamente, que determinan los lineamientos para el uso de la Videoconferencia en los procesos penales y el procedimiento para la ejecución de audiencias virtuales.

El método de la videoconferencia también puede utilizarse para la declaración del testigo (artículo 169 CPP). Corresponde hacerlo, con preferencia al exhorto, cuando el testigo no reside en el lugar o cerca del local judicial y resulte imposible su traslado a la Sala de Audiencias –esta imposibilidad puede deberse a razones de salud, incapacidad física, dificultades insuperables de transporte o situaciones de emergencia por razones naturales o sociales– (también puede optarse por filmar la declaración si la videoconferencia no puede realizarse por razones técnicas). Si el testigo se encuentra en el extranjero será posible acudir a la videoconferencia con la intervención del cónsul.

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

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

Como se aprecia de las normas glosadas el método de la videoconferencia se utiliza bajo el cumplimiento de dos presupuestos materiales: 1) excepcionalidad: enfermedad, incapacidad o protección por riesgo para la integridad del protegido, y lejanía –son, pues, dos tipos de razones: por oportunidad, referida a las circunstancias personales del órgano de prueba por su lejanía del lugar o la especial ubicación o situación de privación de libertad (tiempo y lugar); y, por oportunidad, cuando se estime que la declaración de aquéllos se produzca de la forma más libre y espontánea posible, para superar circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona (protección algún otro interés digno de tutela y en peligro) [ARNAIZ]–; y, 2) restricción para determinadas diligencias –las de interrogatorio– y, limitadamente, para el imputado o reclamado en las audiencias, principal y de extradición pasiva, respectivamente. Estos dos presupuestos se explican por el hecho de que la inmediatez en estos casos, aun cuando existe (véase: STSE de 5-10-2001) –en tanto conecta la Sala donde se celebra el juicio con otro lugar donde se encuentran los testigos y así las partes pueden formular directamente las preguntas y escuchar las respuesta como si el testigo estuviera allí físicamente (interrogatorio interactivo y bidireccional)–, es relativa; la participación a través de la informática es, como dice la doctrina italiana, “una participación de serie B” en la que se produce una ruptura de la dimensión espacial de la vista [BUJOSA], por lo que no puede equipararse totalmente al interrogatorio que se desarrolla ante el juez enjuiciador [HERRERA ABIÁN], de ahí que su utilización debe establecerse desde “planteamientos rigurosamente restrictivos” (STSE de 16 de mayo de 2005).

Las normas sobre utilización de la videoconferencia han sido legitimadas por el Tribunal Constitucional, siempre que se reconozca su carácter excepcional; y, en la medida en que “...no impida la interacción directa, personal y cercana de un medio

de probatorio que tenga directa incidencia en cuestiones de hecho relacionadas a la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado” (STC 2738-2014-PHC/TC-ICA, de 30-7-2015).

Según recuerda la STCE 120/2009, de 18 de mayo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha validado el uso de la videoconferencia, condicionándolo (i) a que se persigan fines legítimos, –tales como “*la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable*”–, y (ii) a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado (SSTEDH Viola v. Italia, de 5-10-2006; y, Zagaría v. Italia, de 27-11-2007).

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

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

9.3. Oralidad y formación de la causa

A. Resoluciones orales. La disposición legal – base del Código Procesal Penal sobre resoluciones judiciales (artículo 123 CPP) solo hace mención a dos notas características que deben cumplirse, sin mencionar la escrituralidad u oralidad de las mismas –la primera está contemplada, en todo caso, como la regla general en el artículo 139.5 de la Constitución–. Establece, primero, la necesidad de motivación –las resoluciones judiciales pueden ser decretos, autos y sentencias: artículo 120 CPC–, de suerte que, salvo los decretos –que solo “*impulsa[n] el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite*” (artículo 121, primer párrafo, del CPC)–, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada –la disposición constitucional citada hace mención a “*...los fundamentos de hecho en que se sustentan*”, lo que es lo mismo–, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Y, segundo, que los decretos se dictan sin trámite alguno; que los autos –siempre que lo disponga el Código– se expiden previa audiencia con intervención de las partes; que las

sentencias –que ponen fin al proceso: artículo 120 CPC– se emiten según las reglas específicas sobre la materia (así, por ejemplo, en el proceso común, culminado el juicio oral y se leen en audiencia pública: artículos 394/396 CPP).

Las resoluciones orales, en pureza, los autos orales, se expiden obligatoriamente en el curso de la *audiencia principal*, a tenor del artículo 361.4 del CPP. Si el enjuiciamiento se realiza oralmente, según el apartado 1) de dicha disposición, si todas las peticiones o cuestiones deben ser propuestas y argumentadas oralmente, y si la recepción de las pruebas está sometida al principio de oralidad, tal como dispone el apartado 3), es razonable establecer que “*Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente [...] debiendo constar su registro en el acta*”. Es verdad que la escritura permite una más efectiva racionalización de la argumentación y una reflexión mayor acerca del tema objeto de decisión –imprescindibles en asuntos de cierta entidad o complejidad–, pero lo esencial del mandato constitucional es fijar el tenor de la decisión: sus fundamentos y su parte resolutive, y permitir su publicidad, así como evitar, por manipulaciones a su contenido. El registro, por tanto, es determinante. A ello ayuda la tecnología de la información y las comunicaciones, sin perjuicio de que conste en el acta de la actuación judicial o procesal respectiva (artículos 120 y 361 CPP).

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

En las *audiencias preparatorias* son muy pocas las veces en que se exige expresamente una resolución oral. En efecto, en dos casos es obligatoria la emisión

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

En las *audiencias preliminares* –la de control de la acusación– la regla es la resolución oral tratándose de las cuestiones planteadas con motivo de la acusación escrita, pero será escrita si se trata de un asunto complejo o por lo avanzado de la hora (artículo 352.1 CPP).

Las resoluciones orales deben constar en el acta de la actuación judicial. Así lo dispone el artículo 361.4 CPP. La reproducción audiovisual no elimina la necesidad del acta, conforme al artículo 120.3 CPP. La constancia o registro de la resolución oral exige que se transcriba íntegramente en el acta, sin perjuicio del medio técnico utilizado para dar cuenta de lo sucedido en la actuación judicial (Ejecutoria Suprema número 61-2009/La Libertad, de 5-3-2010; y, Reglamento General de Audiencias aprobado por Resolución Administrativa número 096-2006-CE-PJ, de 28-6-2006).

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

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

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

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

9.4. Oralidad y realidad procesal

Expediente Electrónico. La documentación del proceso –actuaciones procesales o judiciales en videoconferencia o grabadas en imagen y sonido,

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

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

Es posible, a partir de una necesaria actualización normativa específica, que los actos procesales escritos, incluidas la prueba documental y las actas, se sustituyan por documentos informáticos. El escrito electrónico es un equivalente funcional del escrito en papel aunque dotado de mayor flexibilidad en las formas, al que se ha adjuntar la prueba documental, primero, a través del escaneado de documentos que originariamente consten en soporte papel y se acompañen con el documento electrónico con firma electrónica reconocida; y, segundo, a través de un sistema de digitalización certificado, que permita convertir la imagen contenida en un documento en papel en una imagen digital codificada, fiel e íntegra respecto del original.

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

Asimismo, con las reservas anteriormente apuntadas, que pueden minimizarse en la medida en que se mejore sustancialmente la grabación audiovisual, pueden realizarse las declaraciones y las audiencias mediante

videoconferencia u otro mecanismo tecnológico más sofisticado y seguro. Debe quedar claro, en todo caso, que la videoconferencia, la grabación de las audiencias orales, son instrumentos de comunicación y de fijación del pensamiento tan útiles y populares que el proceso que los excluya faltaría a la realidad actual [MIRA ROS]. Asimismo, que el juez y las partes tengan en su computadora u ordenador personal el propio expediente judicial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, es de destacar dos observaciones puntuales:

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

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

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

elementos recogidos por escrito, mientras que en la de enjuiciamiento la resolución es pronunciada a base de los materiales recogidos oralmente [FLORIÁN].

10. Principio de inmediación

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

En la inmediación lo decisivo es la fase probatoria. La inmediación en sentido estricto exige, de un lado, la exigencia de presencia personal de los juzgadores en la práctica de las pruebas con la intervención de las partes, y, de otro lado, que la formación del juicio sobre los hechos debe correr a cargo del mismo juez o de un colegiado integrado por los mismos jueces que han presenciado la prueba [DE LA OLIVA] –es la inmediación formal–. El juez, además, debe declarar probado o improbadamente los hechos sin utilizar ningún reemplazo de la prueba –la declaración de un testigo no puede ser reemplazada por la lectura de un documento, salvo casos excepcionales permitidos por la ley– [ROXIN] –es la inmediación material, que además exige una preferencia por los medios de prueba más cercanos a los hechos (v.gr.: límites al testimonio de referencia)–. Este principio, por tanto, rige la formación y actuación de la prueba, no su valoración, busca la obtención de la plenitud del material de hecho en el proceso y asegurar la obligación de veracidad de las partes, y además propende a que la valoración y el pronunciamiento de la sentencia se realicen lo más pronto posible, una vez concluso el plenario –la inmediación es enemiga de la dilación, pues las impresiones y recuerdos se borran o desaparecen de la mente del juez, en la medida en que el lapso de tiempo sea excesivamente dilatado–.

El principio de inmediación, expresamente reconocido como tal en el juicio oral (artículo 356.1 CPP), requiere, pues, un contacto directo, sin elemento

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

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

La 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 cuanto este no ofrece una posición pasiva como los testigos y peritos, sino que requiere de la asesoría constante de su abogado defensor, lo que debe asegurarse de uno u otro modo, además cuidar de respetar el principio de proporcionalidad, de urgencia y necesidad, de recurrir a ese método de comunicación electrónica (conforme: STSE n.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 para la utilización de la videoconferencia: **(i)** la norma procesal penal no hace indispensable la presencia del condenado en la sala de audiencia de apelación cuando su defensa está igualmente garantizada; **(ii)** la norma procesal penal acepta como válida la utilización de la videoconferencia durante el juzgamiento en circunstancias excepcionales en “atención a la distancia”, desde la cual deberá trasladarse al privado de libertad hasta la sala de audiencias (artículo 119-A.2 CPP); **(iii)** el uso de la videoconferencia contribuye con la celeridad de la justicia y no transgrede principios constitucionales (STC n.º 2738-2014-PHC-TC, de 30-07-15).

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

Esta exigencia también se proyecta a la expedición de la sentencia. La convicción judicial se ha de formar con lo visto y con lo oído en el juicio, y no con el reflejo documental del acto de prueba [MONTERO]. El juez debe elaborar la sentencia de acuerdo con la previa observación directa y el consiguiente examen crítico del aporte probatorio que obtiene del acusado y de los medios de prueba. Es aquí donde radica la idea de eficacia en el nuevo proceso penal: esta será mayor si el juez está presente ante el mayor conocimiento de la litis (inmediatez formal) y, por ello, una más pronta respuesta judicial ante la inmediatez practicada

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

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

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

presencia de todos los jueces para que, en parte, pueda tener lugar una deliberación en algo aceptable.

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

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

11. Principio de concentración

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

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

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

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

12. Principio de publicidad

En virtud del principio de publicidad, que posee una notable connotación política y es una conquista del pensamiento liberal, cuyo opuesto es el secreto, cualquier persona, sin tomar en consideración origen, credo o grupo social o cultura, puede participar como oyente en los juicios (presenciar su desarrollo), para lo cual debe indicarse el local y lugar en que tendrá lugar –cuando hay problemas de espacio, debe configurarse un proceso de selección justo–. Para que se garantice

la publicidad es necesario que el local de la audiencia tenga una pluralidad de plazas disponibles [VOLK]. El concurso de la prensa es una excepción razonable a la igualdad de acceso al juicio; siempre se le debe reservar un lugar. La publicidad es una protección ante la arbitrariedad y el secreto, así como frente a las influencias extrañas: justicia de gabinete [GIMENO].

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

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

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

responsabilidad de los jueces y evita que circunstancias ajenas a la causa influyan en el órgano jurisdiccional y, con ello, en la sentencia [ROXIN].

La etapa de investigación preparatoria está sujeta a su par dialéctico: la reserva (artículo 324.1 CPP), solo aceptable en clave de proporcionalidad –frente al claro mandato constitucional– en tanto pretende la salvaguardia del fin del proceso y también del derecho al honor, al facilitar las actuaciones de reconstrucción de los hechos, permitir el aseguramiento de los vestigios, de las pruebas materiales y de las pruebas futuras, así como para proteger de una difamación social injusta a quienes en un momento dado pueden parecer implicados en hechos de apariencia punible sobre la base de indicios procedimentales y sospechas, que tal vez posteriormente se disipen [DE LA OLIVA]. Sin duda la función primordial de la reserva de la investigación preparatoria, razonable desde la perspectiva constitucional, es garantizar el éxito de la misma, evitando comunicaciones en la causa que puedan provocar la fuga de los participantes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba [GIMENO]. En consecuencia, el principio de publicidad no es aplicable a todas las etapas del proceso penal, sino tan solo al juicio oral y a la sentencia –y a su proyección en sede de impugnación–, pues únicamente referido a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad (STEDH Pretto y Axen, de 08-12-83, y Sutter, de 22-02-84); su falta está sancionada con la nulidad del juicio.

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia no está sujeta a secreto, siempre ha de ser dada públicamente, salvo el caso excepcionalísimo de intereses de menores en conflicto (artículo 357.5 CPP). La forma de publicidad de la sentencia, sin duda, puede variar según el ordenamiento jurídico. El CPP, en cuanto a las sentencias de apelación, casación y de revisión, exige su lectura en audiencia pública (artículos 425.4, 431.4 y 443.5 CPP), aunque muy bien en estos casos, muy distintos, por cierto, a la sentencia de primera instancia sometida absolutamente al régimen de publicidad, el fundamento de la publicidad: asegurar el control del Poder Judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio justo, se consigue también con el depósito de la sentencia en un registro que permita a cualquiera el acceso al texto íntegro de la misma (STEDH Pretto, de 08-12-83).

III. GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL

1. Definición y alcance de las garantías procesales penales

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

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

Los derechos-garantía son, entonces, cláusulas constitucionales que definen los ámbitos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto del

proceso, el régimen de actuación de las partes, así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia. Su finalidad es doble: **a)** imparcial aplicación del derecho, por lo que pretende evitar la obtención de la verdad a cualquier precio; y **b)** evitar situaciones de indefensión y violación de derechos fundamentales materiales.

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

2. Clasificación de las garantías procesales

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

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

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

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

3. Garantía del debido proceso

3.1. Concepto y alcances

El “due process of law” consagra la noción jurídica fundamental de que nadie puede ser condenado por un proceso cualquiera. Éste debe ser idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil para no agotar por desaliento al actor o acusador y lo suficientemente seguro para no angustiar por restricción al demandado o imputado. Se parte de la idea de que el proceso, que es en sí mismo solo un medio de la realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma. Se erige también como un Derecho cívico porque ha de ser escuchado por jueces que, políticamente, merezcan el nombre de tales. Esta garantía, de orden procesal, consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley (o norma con rango de ley) que respete los parámetros constitucionales.

Cabe calificar esta garantía, prevista originariamente en la V enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, con antecedentes desde la Carta Magna inglesa de 1354, como la más genérica de todas las garantías procesales constitucionalizadas por la Ley Fundamental, deducible, por lo demás, del principio del Estado de derecho [HASS] —es una institución que forma parte de la noción de Estado de derecho—. Integra el debido proceso todo aquel conjunto de normas que sean concordes con el fin de justicia a que está destinada la tramitación de un proceso o cuyo incumplimiento ocasiona graves defectos en la regularidad, equitativa y justa, del procedimiento (artículo 8 CADH). Indica, básicamente, las condiciones mínimas del desenvolvimiento del proceso en los marcos fijados por la Constitución, en cuya virtud el Poder Judicial debe actuar de acuerdo con las

reglas preestablecidas y que aseguren, ampliamente la participación de las partes en la solución de las controversias puestas en su conocimiento [SCARPINETTA]. A su extrema vaguedad o amplitud, se une su carácter residual y subsidiario, pues es una garantía-síntesis que está destinada a compensar todos aquellos ámbitos que no son abarcados por garantías más específicas. Se erige, por tanto, en una especie de “cajón de sastre” en el que tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no pueden ser subsumidos en los demás derechos del artículo 139 de la Constitución y especialmente en los derechos a la tutela jurisdiccional, de defensa y a la presunción de inocencia [GIMENO]. Su debida conceptualización parte, desde luego, de la forma cómo la Ley Fundamental ha disciplinado los derechos procesales constitucionales, por lo que es del caso asumir esta premisa para evitar citar fuentes extranjeras sin apoyo en nuestro ordenamiento.

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

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

En los Estados Unidos se concibió, además, una dimensión sustancial del debido proceso, de modo tal que un proceso será debido, más allá de la

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

Ya se han estudiado los principios procesales y procedimentales de dualidad, igualdad de armas, acusatorio, libre valoración de la prueba, oralidad, publicidad, 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 artículo 139.3 de la Constitución, el juez legal es una garantía que está anclada **(a)** en la predeterminación legal del órgano jurisdiccional –atribución de su competencia–; **(b)** en el carácter ordinario del órgano jurisdiccional dentro del ámbito del Poder Judicial –organización de los tribunales (artículo 139.1)–; **(c)** en la predeterminación legal del procedimiento que ha de seguirse para dilucidar la imputación y, finalmente, **(d)** en la prohibición de órganos judiciales de excepción o de comisiones especiales destinados a un caso específico.

A final de cuentas, evitando la manipulación en la Constitución, conformación y debida adscripción del órgano jurisdiccional, lo que se busca es que el juez, al momento de solucionar un conflicto, no pueda tener otro norte que la aplicación del derecho reclamable al caso concreto, con arreglo al sistema de fuentes preestablecido y, dentro de él, con estricta observancia del principio de jerarquía normativa [GIMENO]. El juez está sometido a la Constitución y a

la ley, pero no a cualquier ley, sino a la ley constitucional, al punto que se le reconoce la facultad, más bien la obligación, del control constitucional difuso [CUBAS].

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

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

El juez penal, asimismo, y conjuntamente con las referidas notas de judicialidad y ordinariedad, debe ostentar la de predeterminación legal. El órgano

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

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

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

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

3.3. Juez imparcial

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

Segundo, la **independencia** es una garantía básica de los jueces, en cuya virtud tienen plena libertad de decisión en la interpretación y aplicación del sistema de fuentes, sin que nadie puede inmiscuirse en su actuación para influir o condicionar sus resoluciones. Una de las salvaguardas de la independencia del juez es la **imparcialidad** –junto con la inamovilidad, el sometimiento a la Constitución y a la ley, y la responsabilidad penal, civil y disciplinaria–. La independencia judicial es instrumental respecto de la imparcialidad que, en realidad, es el fin perseguido por las garantías en que aquella se manifiesta. El ordenamiento, para garantizar la imparcialidad del juzgador, establece una serie de causas que pueden relacionarlo con los sujetos o con el objeto del asunto sometido a su conocimiento y cuando concurren le impiden que conozca, debiendo de ser sustituido por otro [VALENCIA MIRÓN].

El juez, en primer lugar, ha de ser independiente **(i)** del resto de poderes del Estado y de sus superiores jerárquicos –recuérdese que si bien el Poder Judicial tiene una organización piramidal en función del sistema de recursos, es una institución "ajerárquica", pues no existen jueces inferiores en rango a otros en lo que respecta al cumplimiento de la propia función, que lo es siempre en régimen de total independencia [ASENCIO]–, así como **(ii)** frente a la sociedad y los intereses objetivos –para lo cual existe el régimen de incompatibilidades y de prohibiciones– (STC n.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– (artículos 14.1 PIDCP y I.1 TP CPP).

La imparcialidad es considerada como un elemento básico para poder afirmar que el acusado ha tenido un proceso justo (STEDH Delcourt, de 17-01-70), que por cierto se extiende a todo tipo de procesos. La sociedad, además, ha de tener la sensación de que efectivamente sus jueces son imparciales.

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

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

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace mención a dos modalidades de imparcialidad: subjetiva y objetiva (SSTEDH Piersack, de 01-10-82, y De Cubber, de 26-10-84). La primera autoriza apartar a un juez cuando existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas

y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar, con fundamento, que el juez no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Se reconoce una presunción de imparcialidad subjetiva, entonces, debe demostrarse lo contrario. La STEDH Morel, de 06-06-00, precisó que esta imparcialidad subjetiva trata de determinar la convicción personal de un juez concreto en un asunto determinado, a la vez que añadió que la imparcialidad se presume hasta que se pruebe lo contrario (STEDH Kyoruanou, de 15-12-05). Desde la STEDH Hauschildt, de 24-05-89, el examen que ha de hacerse es de carácter objetivo-concreto; en un primer nivel rige la teoría de la apariencia y, en un segundo nivel, el determinante, rige el análisis concreto del ordenamiento jurídico y del caso en particular –es el método del caso por caso–.

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

Nuestro Tribunal Constitucional, tomando como ejemplo a 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 quem* se limita a verificar la regularidad y lo ajustado a derecho de lo acordado por el juez de primera instancia (CALDERÓN CEREZO).

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

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

3.4. Plazo razonable

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

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

La jurisprudencia del TEDH ha sido muy clara respecto de esta garantía. Su fundamento descansa –desde las SSTEDH Wemhoff, de 27-06-68, ROBINS, de 23-09-97, y Estima Jorge, de 21-04-98– en la necesidad de evitar que los acusados permanezcan largo tiempo bajo la implicación de una acusación, pues este **a)** debilita y atenúa los sentimientos de reprobación social que el delito imputado suscitó cuando se perpetró, **b)** puede dar lugar a que el castigo

impuesto puede serlo a una persona muy distinta de la que cometió el delito, y c) la angustia generada por la dilación del proceso, por los perjuicios anormales que ella acarrea y que no le son imputables, constituye una suerte de *poena naturalis*.

Varios son los criterios para determinar la vulneración del plazo razonable, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha de concretarse en cada caso [ASENCIO]. Se parte, en principio, de dos requisitos genéricos: **1.** Existencia objetiva de una dilación; **2.** Carácter indebido de la dilación. Por dilación habrá de entenderse el incumplimiento de los plazos y términos preestablecidos, que desde ya da lugar a una objetiva infracción y obliga al órgano jurisdiccional, atento al principio de impulso oficial, a vigilar y subsanar en su caso –a cada acto procesal debe corresponder un plazo para su realización, integrado dentro de lo que el legislador interpreta en abstracto como razonable y apropiado a los efectos que ha de producir [ASENCIO]–. Lo indebido de la dilación, empero, es el punto decisivo para su estimación y para anudarle los efectos jurídicos correspondientes [GIMENO], lo que requerirá para su consideración de tal que afecte a valores constitucionales (STCE 10/1997, de 14-01-97). El derecho del justiciable a un proceso sin dilaciones indebidas ha sostenido, por ejemplo, la STCE n.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 acacimiento, 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 han precisado que debe atenderse no tanto al estándar normal de duración de cada proceso según rendimiento de la administración de justicia como al estándar normal de duración de cada proceso según su configuración legal–. En igual sentido se pronunció la STEDH Köning, de 27-06-78. Los parámetros, objetivos y subjetivos influyentes, que será de rigor tomar en cuenta son (SCIDH GENIE LACAYO, de 29-01-97) los siguientes:

- A. Carácter y complejidad del proceso.** La dificultad de la materia litigiosa tanto en las cuestiones de hecho –necesidad o no de prueba compleja o de difícil obtención o actuación– como de derecho, o las propias deficiencias del ordenamiento, será del caso tomar en cuenta como primer factor de apreciación (STEDH Zinmmermann y Steiner, de 13-07-83). Un primer dato a tomar en cuenta será sin duda el estándar medio o el margen ordinario de duración de los procesos del mismo tipo y las consecuencias de la demora judicial (SSTEDH Köning, de 10-03-80, y Capuano, de 25-06-87). También la gravedad de los hechos objeto del proceso penal abona a la medición de lo indebido de la dilación
- B. Conducta procesal del supuesto afectado.** Todas las partes tienen la carga de colaborar al normal desarrollo proceso, de suerte que, de un lado, ha de indagarse si se utilizó abusivamente prácticas o tácticas dilatorias, de las que se valió para dilatar la tramitación de la causa (STEDH H vs. Reino Unido, de 08-0787) –no para una eficaz defensa de sus intereses (STEDH Poiss, de 23-04-87)–; y, de otro, apreciar si medió pasividad de su parte y no instó en modo y forma oportuna la supresión de las dilaciones y la finalización del proceso. Factor concurrente que es de apreciar es el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, puesto que el impacto no es el mismo.
- C. Comportamiento de las autoridades judiciales.** El juez debe conducir el proceso con la máxima diligencia, evitando que se produzcan tiempos muertos y demoras. El incumplimiento puede venir de la inactividad judicial que injustificadamente deja transcurrir el tiempo sin impulsar el proceso, o de la sobrecarga de trabajo –que no constituye una explicación válida o efecto justificante que niegue lo indebido de la dilación, pues corresponde al Estado organizar el sistema judicial de manera que se

cumpla el plazo razonable en la dilucidación de las causas (SSTEDH Quiles 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 Baustahgeewebe–, a cuyo efecto debe constatar, 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, artículos 3 y 336 CPP) hasta la emisión de la sentencia firme, incluyendo el cumplimiento de la fase impugnativa– [conforme: DANIEL PASTOR]. Empero, la seguridad jurídica, como es obvio, exige una norma legal que fije el máximo del plazo de duración de un proceso; además, la definición del proceso declarando la inocencia o culpabilidad del imputado, salvo el supuesto de prescripción, que es la lógica del proceso penal, solo puede hacerse a través de una sentencia que indefectiblemente aplique la ley material –solamente el legislador, como ha sostenido la BGHSt. 24, 329, y 82, 339, podría tomar decisiones vinculantes en el campo de la tensión entre exhaustividad y celeridad del procedimiento penal [ROXIN]–. En todo caso, como postula Vives, solo será del caso estimar, y muy excepcionalmente y como recurso de emergencia, que no cabe una decisión de mérito, acreditada la dilación indebida del proceso, cuando esta haya alterado o sea susceptible de alterar seriamente el juicio –la duración del proceso afectó de tal modo el derecho de defensa del imputado que le resultara prácticamente imposible articular una defensa efectiva con entidad para oponerse a la acusación, tal como ha sido considerado muy excepcionalmente por el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGHSt. 35, p. 137, 1987) y el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGSt, 1984, p. 967)– o que, en todo caso, haya hecho perder su sentido a la pena, para lo que es de analizar la entidad y naturaleza del delito y la penalidad conminada –con un

estándar distinto si se trata de delitos menores y culpabilidad pequeña, y delitos y culpabilidad grave— [AMBOS]. El Tribunal Constitucional Peruano en la STC n.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 (artículo 139.3 de la Constitución). Aparece enunciado específicamente en el artículo 14.7 del PIDCP. Su desarrollo legislativo se encuentra en el artículo III TP CPP. En relación con la jurisprudencia del TEDH se debe entender el *ne bis in idem* procesal como el derecho fundamental que tiene toda persona a no ser procesada, con el riesgo de una sanción, más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento: triple identidad (doble enjuiciamiento: *bis de eadem re nesitactio*). En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (STC n.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 artículo III TP CPP destaca, en primer lugar, dos requisitos obvios: unidad de sujeto y de hecho –*eadem persona y eadem res*–: una misma persona que ha intervenido en la comisión de un hecho concreto, el mismo que es objeto del nuevo proceso penal en relación con el que fue enjuiciado en el primer proceso –no se da identidad de sujetos cuando, por ejemplo, en el procedimiento administrativo se sancionó a una persona jurídica y en el proceso penal, en curso, se atribuye un cargo penal al representante legal de aquella– (AATCE 355/1991, de 25-11-91, y 357/2003, de 10-11-03). En segundo, pese a que la persona y los hechos sean los mismos, se requiere que tengan el mismo fundamento o *eadem causa petendi* –triple identidad–, esto es, que vulneren el mismo bien jurídico, sin que sea indispensable la misma calificación jurídica; por tanto, ha de tratarse de normas homogéneas –que el TEDH denomina concurso de normas– que merecen idéntico juicio de reproche –hecho histórico cometido por una persona determinada y subsumible en figuras típicas de carácter homogéneo [GIMENO]–. Por último, incluye las sanciones administrativas –en los supuestos de tipos administrativos homogéneos respecto de los tipos penales, que no difieren en sus elementos esenciales; no cuando media heterogeneidad, que sería el caso de un concurso de infracciones (STEDH Oliveira, de 30-07-98)–, como expresión de un mismo poder punitivo del Estado (SSTEDH Ponsetti y Chesnel, de 14-09-97; y Göktañ, de 02-07-02), aunque destaca la preeminencia del derecho penal –basada en el principio de subordinación, que resulta de la titularidad constitucionalmente establecida del *ius puniendi* en los artículos 138 y 139.1 y 10 de la Ley Fundamental [LÓPEZ BARJA]–, que obligaría a la administración a suspender las actuaciones administrativas sancionadoras cuando el hecho constituye delito según la ley penal hasta la decisión definitiva del órgano jurisdiccional por tanto, puede haber *bis* sancionador cuando se da la situación de una concurrencia mixta de sanciones penales y administrativas.

Los efectos de la presencia de un *bis in idem* es la anulación del proceso penal incoado pues el hecho objeto de imputación ya fue decidido por la autoridad jurídicamente competente. Se discute, empero, si tratándose de una sanción administrativa previa el proceso penal debiera anularse (SSTEDH Fischer, de 2905-01; W. F., de 30-05-02; y Sailer, de 06-06-02) o, en su defecto, se debe asumir la teoría de la compensación, esto es, que la condena penal tome en cuenta la sanción administrativa y proceda a su descuento (STCE n.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 artículo 139.6 de la Constitución garantiza la pluralidad de la instancia, y lo hace para todos los procesos, sin interesar el orden jurisdiccional al que pertenecen. Esta garantía integra el derecho al debido proceso, puesto que la subsistencia de los medios de impugnación constituye la principal garantía frente al arbitrio judicial [GIMENO].

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

La concreción legal de este derecho-garantía, su configuración legal, aparece descrita en el artículo 11 de la LOPJ que fija su contenido en una triple perspectiva: **1.** La instancia plural es un derecho del justiciable, sin limitarla a una de las partes –hacer lo contrario, además de romper con el principio de igualdad podría conducir a situaciones de indefensión [MONTÓN]– ni predeterminar la resolución que puede ser recurrida –el artículo 14.5 PIDCIP la limita al acusado y solo a las sentencias de condena, lo que no es de recibo en nuestro ordenamiento por la amplitud del derecho constitucionalmente consagrado, que por lo demás guarda compatibilidad con el artículo 8.2 de la CADH: “[...]. Toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) [...] recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”–, y como tal su ejercicio constituye un acto voluntario; no se acepta la impugnación de oficio, no se puede aceptar la limitación de esta garantía solo al acusado, pues no se tutelaría a la víctima, incluyendo al Ministerio Público, dejando sin revisión una absolución, pues un fallo erróneo perjudica a la justicia bien cuando se decide condenar a un inocente, y de la misma manera cuando se absuelve a un culpable [CAFFERATA]. **2.** La ley determina la revisabilidad de las resoluciones judiciales; y el sentido garantista fundamental se expresa a través de su revisión en una instancia superior. Pero con ello no se agota la modalidad de protección, pues como precisó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 55, de 18-11-1997 el recurso debe poder controlar la conexión del fallo desde el punto de vista material y formal; esto es, si el órgano judicial, incurrió en aplicación indebida, falta de aplicación o

interpretación errónea de normas de derecho que determina la parte resolutive de la sentencia, o acerca de la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o inaplicación de las mismas **3**. El tope impugnativo se concreta en una resolución de segunda instancia, y solo esta, en caso de recurso, puede ostentar la calidad de cosa juzgada. A su vez el artículo I.4 TP del CPP consagra el principio de recurribilidad expresa: solo son recurribles las resoluciones que la ley establece (artículo 404.1 CPP), pero a su vez reconoce la obligación de prever un recurso impugnativo contra las sentencias o autos que ponen fin a la instancia –el objeto 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 (artículo 416.1 CPP), que por su carácter ordinario permite controlar tanto el juicio fáctico cuanto el jurídico de una resolución de primera instancia –fijación de los hechos y la aplicación de la norma jurídica al hecho declarado probado– (artículo 419.1 CPP), lo que hace realidad el principio del doble grado de jurisdicción. El CPP no solo se limita a prever el doble examen de la resolución de fondo, sino reconoce propiamente la doble instancia, esto es, que un segundo órgano conozca, en igualdad de condiciones al que dictó la resolución recurrida, todos los ámbitos posibles de la misma, esto no se circunscribe exclusivamente a la revisión legal –alcances y correcta aplicación de las normas jurídicas materiales y procesales, incluidas las del derecho probatorio–, sino se extiende a la posibilidad de una valoración autónoma de los actos de prueba, aunque con pleno respeto del principio de inmediatez.

El justiciable –las partes procesales: imputado, Fiscalía, actor civil, tercero civil, persona jurídica, querellante– tiene derecho de acceder a los recursos o a la instancia legalmente preestablecida, pero no puede reclamar un recurso inexistente o exigir un determinado tipo de recurso (SSTEDH Krombach, de 13-02-01, y Papon, de 25-07-02). La pluralidad de la instancia se concreta, entonces, en el recurso de apelación (artículo 419.1 CPP), incluso para los procesos contraaforados (artículos 450.7, y 454.3-4 CPP). El recurso de casación –sin el previo recurso de apelación–, por su carácter extraordinario, es muy limitado, se concreta al examen de la denuncia de infracciones jurídicas graves en las decisiones de segunda instancia, y se interpone contra determinados –no todos– autos y las sentencias de vista –resoluciones de apelación dictadas

por las Salas Penales Superiores— que la ley prevé (artículos 141 y 427 CPP). Se requiere, siempre, que el recurso contra un fallo de primera instancia, más allá de su denominación, sea amplio de manera tal que permita que el tribunal superior realice un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior (SCIDH Herrera Ulloa, de 02-07-04). Obviamente, el análisis concreto del recurso de casación, su específica regulación, determinará si permite o no una revisión integral de la sentencia de instancia.

3.7. Legalidad procesal penal

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

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

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

No obstante, ello, no se puede invocar la salvaguarda de diversos valores y principios constitucionales, tomados genéricamente y en abstracto, para dejar a un lado las prescripciones procesales de la ley, pues se socavaría los pilares esenciales

del Estado democrático de derecho [MORENO CATENA]. En esta perspectiva es significativo que el artículo 6 de la LOPJ estipule que los principios antes analizados, y otros que son de común aceptación, bajo los que se sustancian los procesos jurisdiccionales tengan efectividad “dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable”.

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

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

4. Garantía de tutela jurisdiccional

4.1. Concepto y contenido

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

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

Debe quedar claro que esta garantía no importa que se revise el acierto o desacierto de los órganos jurisdiccionales ordinarios al aplicar el Derecho –legalidad ordinaria u otras fuentes– para resolver sobre el fondo e incluso sobre cuestiones procesales. El examen, a través de esta garantía, solo corresponderá en la medida en que la aplicación del derecho afecta a la satisfacción de un derecho fundamental –distinto del de tutela jurisdiccional– o de una libertad pública. Igualmente, la elección por los jueces ordinarios de las normas aplicables, pues es un tema de estricta legalidad ordinaria, y su apreciación importaría entrar al fondo del asunto [DE LA OLIVA].

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 delito privados lo es el querellante particular– y, en cualquier caso, solo se tiene un simple derecho al proceso y a la sentencia en que se declare la existencia o inexistencia del derecho de penar del Estado –*ius ut procedatur*: derecho a poner en marcha un proceso– [GÓMEZ ORBANEJA]. Tampoco se trata de un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral; es, por el contrario,

un derecho a que el juez dicte una resolución que se pronuncie sobre los hechos imputados y su calificación jurídico penal, expresando en su caso las razones de su desestimación liminar, de suerte que el juicio oral empezará cuando el juez estime que existen elementos para ello –garantía de integridad del procedimiento–. De otro lado, en los delitos públicos, la víctima solo puede instar la incoación de un procedimiento penal al Ministerio Público, vía derecho de petición, y, por ende, a que este se pronuncie motivadamente acerca de su procedencia, pues a la Fiscalía corresponde con exclusividad la persecución de los delitos.

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

Finalmente, este derecho, vinculado a la sumisión de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico, requiere para su efectividad la posibilidad de que todo acto de aquellos poderes sea revisable por los órganos judiciales con el fin de controlar su conformidad al ordenamiento jurídico, y que esta revisabilidad no presente excepciones o territorios de inmunidad (STCE 196/1990). Esto se denomina “no exención de control jurisdiccional de ningún acto de los poderes públicos” [HORMAZABAL].

4.3. Derecho a una sentencia fundada en derecho

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

La sentencia o resolución equivalente no necesariamente ha de ser favorable al acusador –condenatoria–. No existe derecho a un determinado pronunciamiento de fondo. Solo debe pronunciarse sobre el mérito de la causa y podrá ser condenatoria o absolutoria (artículos 398 y 399 CPP). Se discute si la congruencia de la decisión es consustancial a la tutela jurisdiccional. No es así –pese a lo expuesto en la STC n.º 1230-2002-HC/TC– porque esta, referida a

las pretensiones y resistencias de las partes, en lo penal, se integra en el principio acusatorio, que define el objeto procesal, principio que comprende el derecho al debido proceso; su vulneración está condicionada a que el fallo desvirtúe los alcances del objeto procesal o no se pronuncie sobre una petición de fondo.

La sentencia debe estar debidamente motivada, y la motivación no debe ser meramente formal. Ha de sustentarse en el mérito de las pruebas y del derecho objetivo [GIMENO], lo cual está relacionado con el artículo 139 de la Constitución: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales [...], con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. La motivación –que es un requisito interno de las resoluciones judiciales– ha de dar respuesta al objeto procesal, y debe comprender (a) un análisis de los hechos –el juez ha de determinar los hechos probados y expresar el razonamiento por el que llega a esa conclusión: el juez debe dar cuenta de las pruebas practicadas y del proceso lógico que le ha conducido desde la percepción de su resultado a la convicción reflejada en la declaración de hechos probados– y (b) un examen del fundamento jurídico –el juez ha de invocar el derecho aplicable e interpretarlo razonablemente (esto se denomina *exégesis* racional del ordenamiento), sin que ello signifique el control por esta vía del acierto o desacierto en la aplicación del derecho por los jueces ordinarios: selección de la norma aplicable y su interpretación (lo que supone que en estos ámbitos la justicia ordinaria tiene la última palabra), a menos que importe la lesión de un derecho fundamental distinto del que consagra el artículo 139.3 de la Constitución– [DE LA OLIVA].

El CPP y la propia Constitución –exigencias de legalidad ordinaria y constitucional– solo obliga a los jueces a motivar sus decisiones, lo que como afirma la STEDH Van der Hurk, de 19-04-94, no puede entenderse como la obligación de dar una respuesta detallada a cada argumento. Su alcance –extensión o modo de razonar– puede variar según la naturaleza de la decisión –se aceptan motivaciones escuetas–, las pretensiones planteadas por las partes y su complejidad, pero sin duda ha de ser clara y precisa –requisitos referidos, en primer lugar, a los hechos declarados probados, y, en segundo lugar, a la parte 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, incomprendible 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”.

A decir 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 (artículo 413 CPP), debe determinar los presupuestos procesales, obviamente razonables, que condicionan su ejercicio y los alcances de los mismos. En orden a los presupuestos, que es el ámbito propio de la tutela jurisdiccional, la interpretación de las normas que lo disciplinan debe hacerse en el sentido más favorable para su efectividad, a los intereses del recurrente –al punto de optarse por la técnica de la subsanación cuando ella sea posible, lo que importa el rechazo del formalismo enervante, y adoptarse una concepción amplia de la legitimación para recurrir–, sin que las declaraciones de inadmisibilidad arbitrarias tengan apoyatura constitucional –esto es, interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad– [HINOJOSA]. En esa línea la STC n.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, agotados todos los recursos posibles, ya no pueden ser impugnadas; el debate judicial debe concluir irremediabilmente. En el CPP, agotado el recurso de apelación contra una sentencia y, salvo el recurso de casación, concluye el debate judicial entre las partes. La última sentencia, por lo regular, es la de vista o de apelación—artículo X TP CPC— y, extraordinariamente, la de casación (artículo 427 CPP).

A su vez un efecto interno de las resoluciones judiciales es su invariabilidad: no puede desconocerse, en modo alguno, lo decidido en ellas (STC n.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 07-0206).

5. Garantía de la presunción de inocencia

5.1. Concepto y manifestaciones

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

Se trata de un derecho-garantía procesal o jurisdiccional, de jerarquía constitucional, que asiste al imputado –derecho pasivo del acusado, que no alcanza a otras partes procesales– y se proyecta a todo el proceso penal –aunque se extiende a todas 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 (artículo II, 1 TP CPP). Su apreciación, cuando se denuncia su vulneración, importa tomar en consideración el procedimiento de manera global (STEDH, Asunto Previti vs Italia, de 08-12-2009).

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

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

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

Son tres las manifestaciones de la presunción de inocencia:

- A. Como principio informador del proceso penal, a partir del cual la presunción de inocencia se entiende como un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal.
- B. Como regla de tratamiento del imputado, a partir de la cual la presunción de inocencia se concibe como derecho subjetivo, en cuya virtud toda medida judicial intermedia –en especial las medidas de coerción– no pueden implicar, desde sus presupuestos, régimen jurídico y aplicación judicial, una equiparación de hecho entre imputado y culpable; no pueden suponer una anticipación de pena [UBERTIS]. Está, pues, prohibido que el imputado sea asimilado al culpable durante el curso del juicio y hasta que su responsabilidad no haya sido legalmente declarada (STEDH, Asunto Shyti vs Rumanía, de 19-11-2013).
- C. Como regla –también derecho subjetivo– en el ámbito de la prueba, de mayor trascendencia que las demás, cuya función procesal se concreta en dos niveles:
 - (i) Como *regla de prueba*. Indica cómo debe ser el procedimiento probatorio y las características que debe reunir cada uno de los medios de prueba para que puedan fundamentar una sentencia de condena–; y
 - (ii) Como *regla de juicio*, de carácter apriorístico y formal. Impone una decisión determinada: la absolución, cuando el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una resolución, esto es, cuando el juez se encuentra en un estado de duda irresoluble (STEDH Telfner, de 20-03-01).

5.2. Presunción de inocencia como regla de prueba

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

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

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

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

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

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

Dos aspectos finales deben exponerse. **A.** Los requisitos de la prueba de cargo. **B.** La carga de la prueba.

A. Son cuatro los requisitos de la prueba de cargo: **1.** Ha de referirse al delito por el que se condena, esto es, ha de probar ese delito. No basta para condenar por un delito la prueba de otro. Además, ha de ser suficiente, lo que permite realizar un control de la suficiencia probatoria. **2.** Se han de probar todos y cada uno de los elementos del delito acusado, tales como el elemento objetivo y el subjetivo –este último se deduce indiciariamente–, así como el título de intervención delictiva y si se presenta el tipo de imperfecta ejecución o consumado. **3.** La prueba ha de tener un sentido incriminador objetivo. Es decir, si no existe elemento alguno externo tendente a la condena no se puede condenar sobre la base de la creencia. Si ningún testigo afirma que el acusado es éste y no otro, no existen huellas, etcétera, la condena no es posible. **4.** En la prueba indiciaria el razonamiento que une al hecho base o indicio con el hecho presumido ha de ser coherente, lógico y fruto de la razón. Este razonamiento ha de poder ser contrastado impugnativamente.

B. La carga de la prueba, como aclara NIEVA –a partir del cual se seguirá su magisterio–, es una noción propia del proceso civil en el que impera el principio dispositivo y es considerada la última ratio del Derecho probatorio, que consiste fundamentalmente en decidir para cuál de las partes era más sencillo probar un determinado hecho. Ello, en buena medida, es un residuo del sistema de prueba legal.

En lo penal se tiene la presunción de inocencia que podría considerarse que constituye una regla de distribución de esa carga en el caso de que se quiera aceptar este traslado teórico de un concepto civil al proceso penal. La presunción de inocencia, empero, no es una norma de carga de la prueba. Esta garantía impide por completo exigir al reo que aporte pruebas en su descargo para que sea posible absolverle.

En el proceso penal el derecho de penar no corresponde a las partes acusadoras, ni las partes acusadas pueden ser gravadas con carga alguna. Por tanto, difícilmente se puede hablar de carga de la prueba como tal. Las situaciones de non liquet se resuelven a través de la presunción de inocencia. Más allá de su dudoso contenido epistémico o científico, la presunción de inocencia se sostiene en razones fundamentalmente psicológicas y sociológicas: evitar prejuicios sociales de culpabilidad.

Formalmente el fiscal tiene la carga de probar la verdad, aportando todos los elementos de cargo y de descargo, de manera que, si las pruebas conducen a

la inocencia, ella ha de ser declarada. Las partes acusadas, igualmente, tampoco están obligadas a probar su inocencia, la cual se presume o se tiene como cierta salvo prueba en contrario. Por la misma lógica, nadie puede probar técnicamente su inocencia en tanto es imposible acreditar un hecho negativo: prueba diabólica [NIEVA].

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 párrafo anterior. En este caso, entonces, el juicio de suficiencia probatoria –que, propiamente, es la segunda fase del procedimiento de valoración de la prueba– ni siquiera llega a formularse, pues se está ante un total o verdadero “vacío probatorio”.

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

La declaración de culpabilidad solo procede cuando resulte ser la única certeza a que razonablemente puede llegar el juez en la apreciación de la prueba. Por tanto, debe absolverse al imputado siempre que el juez no haya alcanzado la certeza necesaria acerca de la culpabilidad que se le atribuye sobre la base del material probatorio disponible. La existencia de una hipótesis alternativa razonable, igualmente fundada, impide considerar que la condena se basa en prueba de cargo bastante, de modo que en este caso resulta vulnerada la presunción de inocencia en su manifestación de regla de juicio; el juez, entonces, no puede tener la certeza de la culpabilidad del imputado y, por tanto, debe declarar su inocencia. A estos efectos, como dispone el artículo II. 1 *in fine* TP CPR, 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 constitutivos de la pretensión penal —y siempre que no consten hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad—.

Las dudas del juez en sede de valoración probatoria pueden tener su origen, bien en la insuficiencia *per se* de la prueba de cargo, bien en la ponderación de las pruebas de cargo y de descargo que, en su caso, se hayan practicado [FERNÁNDEZ LÓPEZ]. Se infringe esta regla, por consiguiente, cuando el juez ha condenado a pesar de la existencia real de una duda. Desde esta perspectiva no importa si el órgano jurisdiccional dudó o no, sino si debió dudar, en tanto exista a la imputación una hipótesis alternativa razonable (STSE n.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 artículo 139.11 de la Constitución, afirma su vigencia.

5.4. Presunción de inocencia e impugnación

Con independencia del recurso impugnatorio, al invocarse la vulneración de la presunción de inocencia el órgano jurisdicción de revisión, *iudex ad quem*, debe realizar un juicio sobre la prueba —sobre sus características internas y sobre la motivación y su racionalidad—, con diversos niveles de extensión según se trate de un recurso ordinario (apelación) o un recurso extraordinario (casación).

En el recurso de apelación, por ser un recurso ordinario, cuando se plantea vulneración de la presunción de inocencia como consecuencia de una sentencia condenatoria, exige un análisis global de las reglas de prueba y de juicio de esta garantía, específicamente en la motivación de la valoración de la prueba, de la suficiencia de la prueba de cargo. Se puede analizar, bajo una revaloración

autónoma y amplia posibilidad de dictar un fallo sustitutivo: (i) que la información utilizada sea prueba legal y se la haya interpretado correctamente, (ii) que se trata de prueba plenaria y, excepcionalmente, preconstituida o anticipada, (iii) que ésta sea suficiente o que cumpla el umbral o estándar de prueba exigible, (iv) que se haya obtenido (fuente de prueba) y actuado (medio de prueba) cumpliendo con la legislación, constitucional y ordinaria, y (v) que ha sido racionalmente valorada, en función al material probatorio disponible.

En el recurso de casación, por ser un recurso extraordinario, cuando se plantea la vulneración de la presunción de inocencia como consecuencia de una sentencia condenatoria, no es misión de la Sala Penal Suprema realizar una nueva valoración autónoma del material probatorio, pues eso fue la misión de la Sala Penal Superior. Solo se analizará si se utilizó prueba lícita, si se cumplió con los límites probatorios que la ley impone al Tribunal Superior en materia de prueba personal, cómo ha realizado la Sala Penal Superior su análisis de la racionalidad de la valoración probatoria y qué respuesta ha dado a los planteamientos que se hizo en el recurso de apelación en este punto.

6. Garantía de defensa procesal

6.1. Concepto y contenido

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

La defensa, sin embargo, se manifiesta como un derecho individual de una parte procesal y como una garantía objetiva. Tiene, por tanto, un doble carácter o función: a la vez que un derecho individual –ámbito subjetivo–, es un elemento esencial del ordenamiento jurídico y funciona como una garantía del derecho objetivo [CASTILLO CÓRDOVA; STC n.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 (artículo IX. 1-3 TP CPP), esta se reconoce a todas las partes procesales como expresión de la propia lógica contradictoria del proceso y del principio de igualdad de armas –el apdo. 3 del artículo IX TP CPP, incide especialmente en la víctima (el ofendido y el perjudicado por el delito), a quien se le reconoce los derechos de información y protección, así como de participación procesal en aras de garantizar su pretensión reparatoria y el derecho a la verdad (artículo 98 CPP)–. Por tanto, asumiendo esta perspectiva, la defensa procesal asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y resistencias, así como a rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas [PICÓ I JUNOY].

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

Es de aclarar que la garantía de defensa procesal se sustenta históricamente en la posibilidad de ser escuchado en un proceso antes de expedirse sentencia,

de suerte que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio: *nemo inauditus demnari potest, nemo condemnetur inauditus, nemo condemnetur sine testibus, audiatur et altera pars*. Las partes no solo deben ser oídas en todas las etapas del proceso, también deben ser vencidas, de manera que sus posiciones en el proceso deban ser rebatidas —o confirmadas— en la sentencia para que se pueda dictar una condena o una absolución o cualquier resolución que le afecte. Sintetiza la facultad de intervenir en el proceso para decidir acerca de una posible reacción penal; y, la disposición de llevar a cabo todas las actividades necesarias para conformar la decisión jurisdiccional (excluir los cargos para el imputado, o afirmarlos para la Fiscalía).

6.2. Presupuesto de la garantía de defensa procesal

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

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

La efectividad del acceso requiere, como es obvio, como paso efectivo, la correcta ejecución de los actos de comunicación establecidos por la ley –destaca especialmente el conocimiento de la imputación (artículo 71.2 CPP)–. La comunicación ha de ser clara, precisa y completa (STEDH Pélissier y Sassi, de 25-03-99) –el Tribunal Constitucional dice: expresa, cierta e inequívoca (STC n.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 (artículos 79 y 367.1-2 CPP)–. La STEDH, Asunto Matocchia vs Italia, de 25-7-2000, ratificó que el objeto de información al imputado se refiere tanto a los hechos materiales que se le imputan como a la calificación jurídica a ellos atribuida. Son cinco notas características:

- A.** El derecho al conocimiento alcanza relevantemente al primer emplazamiento, que en sede penal –derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la imputación– está referido, como contenido esencial, a los hechos considerados punibles que se imputan al implicado y a las pruebas que sustentan los cargos –exigencia destinada a equilibrar la superioridad y la ventaja investigadora de la autoridad penal competente–: este es el núcleo de la intimación. La información impuesta por la ley debe realizarse en la primera oportunidad posible (SCIDH Tibi, de 07-09-04), siempre que no se ponga en peligro la investigación –existencia de temor fundado de que el imputado podría frustrar la investigación de manera incompatible con el ejercicio de sus derechos procesales [AMBOS]–, y por lo general tiene lugar y es obligatoria en el primer interrogatorio policial y, antes, cuando el imputado es detenido en flagrante delito, a todo ello se denomina requisito de la exhaustividad informativa. Está destinado a evitar la sorpresa y la 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: artículo 324.1 CPP); y, de modo, especial cuando el fiscal formula acusación destinada a abrir el procedimiento principal de enjuiciamiento –a todo acto de imputación, más aún cuando

ese acto contiene nuevas perspectivas respecto de cuestiones de hecho o de derecho—. Es evidente que si posteriormente se modifican sustancialmente los hechos imputados (por la inclusión o exclusión de alguno de ellos o por la alteración relevante de su calificación jurídica o del grado de participación), debe hacerse una nueva información al acusado. Es lo que se llama requisito de la gradualidad informativa (SSTED Brozicek vs. Italia y Stell vs. Reino Unido) [MARCA MATUTE].

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

- B.** El derecho de acceso al contenido de la investigación y demás actuaciones procesales en todo el curso del procedimiento es permanente. Debe permitirse a las partes el examen del expediente desde un primer momento, incluso al realizarse las diligencias preliminares de investigación (artículos 68.3 y 84.7 CPP). Una excepción, legalmente configurada, al acceso de las actuaciones propias de la investigación es el secreto sumarial (artículo 324.2 CPP), en cuya virtud por un lapso de tiempo limitado y para garantizar el éxito de la investigación, se autoriza al fiscal a mantener en secreto alguna actuación o documento —esta atribución no comprende, desde luego, el conocimiento de los cargos (hecho y derecho) objeto de imputación—. La STEDH Foucher, de 18-03-97, reconoce la legitimidad del secreto sumarial: peligro para el fin de la investigación o peligro para los testigos. Por otro lado, la comunicación, en ciertos casos: medidas instrumentales restrictivas de derechos y de coerción, puede realizarse, no antes de su realización, sino con posterioridad a su ejecución; la naturaleza de las cosas, la garantía de su debida ejecución, explica esta alternativa legal.
- C.** El estatus de parte, por el imputado, es imprescindible en el proceso penal. Este incluye su presencia en las audiencias orales y la posibilidad de su intervención efectiva en ellas, así como las alegaciones acerca de lo expuesto por la Fiscalía. Antes, según ha quedado expuesto, debe conocer los hechos delictivos que se le atribuyen, a partir de lo cual se le debe reconocer el derecho a deducir su pretensión exculpatoria o resistencia, que puede asumir muy diversas perspectivas, desde negar los cargos y

cuestionar las pruebas de cargo, hasta introducir hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad [GIMENO]. Esta condición de parte nace con la imputación y finaliza con la obtención de una resolución firme de finalización del proceso penal –el último acto de ejecución cumplido en la causa–.

- D.** Integra el derecho de audiencia el denominado “principio de imputación”, que es el derecho a una acusación formal, que necesariamente debe cumplirse en relación con cualquiera que se pretenda someter a un proceso. Es un deber del Ministerio Público, luego, del juez. La imputación ha de comunicarse al acusado, de manera clara, precisa y detallada, el hecho objeto de acusación, su tipificación legal, y los fundamentos fácticos y jurídicos incluyendo el pedido de quantum de pena y, cuando corresponde, de reparación civil [MORA MORA].
- E.** En el derecho analizado está integrado el derecho a intérprete, que comprende, desde luego, tanto la traducción de una lengua a otra cuando se hace oralmente, como la traducción que se realiza respecto de documentos escritos en lengua distinta del castellano [CLARÍA]. Este derecho, sin duda, constituye un factor que permite superar eventuales situaciones de desigualdad en el desarrollo de un proceso (CIDH OC-16/99, de 01-10-99). La comunicación interpersonal entre abogado e imputado es elemental, y si el primero no conoce el idioma del segundo, no podrá llevar a cabo una defensa adecuada [PICÓ I JUNOY]. El derecho a la comunicación, que debe reconocerse al imputado y que entraña conocer y entender lo que acontece, no se limita al juicio oral y a las demás actuaciones del proceso, también comprende los documentos y las actas judiciales en general. La necesidad de un traductor o intérprete no depende de la situación financiera del imputado: el Estado debe proporcionarlo gratuitamente sin hacer distinciones respecto de la situación económica del imputado [LLOBET], sin que a ello obste que este último nombre un intérprete de confianza; además, no es posible que luego se le impongan el pago de los gastos derivados de la intervención del intérprete o traductor si resultara condenado (STEDH Öztürk, de 21-02-84). Su vulneración infringe la garantía de defensa procesal y vicia el procedimiento, lo que debe declararse de oficio (Corte Suprema de Costa Rica, Sala Tercera, n.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 (artículo 139.12 de la Constitución), en cuyo caso la presencia del imputado se erige como condición de validez de las actuaciones; su conducta evasiva frustra el juicio oral –ello significa que la instrucción sí puede llevarse con ausencia voluntaria del imputado, pues ella se configura como un deber procesal que justifica su captura [HORMAZÁBAL]–. **2.** Que, por razones de diversa índole, el ordenamiento procesal admite, en ciertos casos, que se puedan adoptar resoluciones inaudita parte (por ejemplo, algunas medidas de búsquedas de pruebas y restricción de derechos, y las medidas de coerción), entendiéndose satisfecha este derecho si la audiencia se presta en un momento posterior –audiencia diferida–. **3.** Que en ocasiones este derecho se reconoce a quienes, sin haber sido parte en el proceso, se ven afectados directamente por la resolución que en él se dicte (por ejemplo, artículos 296.2 –impedimento de salida de testigos–, 308 –desafectación de bien embargado de un tercero–, 319 –reexamen de incautación de un bien de terceros de buena fe–).

6.3. Derechos instrumentales de la garantía de defensa procesal

6.3.1. Derecho de defensa técnica y de autodefensa

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

A. *Derecho de defensa técnica*

El artículo 71.2c CPP reconoce al imputado el derecho de ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor (la STEDH, Asunto A.T. vs Luxemburgo, de 09-04-2015, ha insistido en que ha de ser desde los primeros interrogatorios de la policía). Al abogado se le reconoce una serie de derechos para su correcto patrocinio, al punto de ser considerado representante técnico del imputado (artículo 84 del CPP). Este derecho persigue un doble fin: **1.** Garantizar que se pueda actuar en el proceso de la forma más conveniente para su derecho e intereses jurídicos, y defenderse debidamente contra la pretensión del acusador. **2.** Asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de armas y de contradicción [PICÓ I JUNOY]. En atención a lo último, el derecho de asistencia letrada constituye un presupuesto indispensable e imprescindible en determinados momentos y circunstancias del procedimiento penal, lo que conduce a que hayan de ser los jueces, precisamente y en último extremo, quienes velen por su efectividad [CORDÓN]. Este derecho, sin embargo, no puede interpretarse como que la presencia del letrado de la defensa sea un requisito necesario para la validez de todas y cada una de las diligencias de la investigación preparatoria, pues ha de estarse a las exigencias requeridas para cada una de estas por el CPP.

Las relaciones recíprocas entre el derecho a la defensa técnica y la autodefensa no están reguladas en la CADH ni en la Constitución, de suerte que no sería ilegítimo establecer que el imputado debe ser asistido por un defensor letrado en todas las fases del procedimiento (STEDH, Asunto Croissant vs Alemania, 25-09-1992). Asimismo, este derecho comprende el derecho del imputado de comunicarse con su defensor de forma privada, sin riesgo de ser oído por terceras personas (STEDH, Asunto Sakhnovskiy vs Rusia, de 02-11-2010); en todo caso, la restricción a este derecho de comunicación confidencial tiene que responder a criterios de absoluta necesidad (STEDH, Asunto Zagaria vs Italia, de 27-11-2007).

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 artículo 139.14 de la Constitución, tiende a asegurar, con la presencia personal del abogado, que los derechos constitucionales del detenido o citado sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado,

la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma (STCE 252/1994, de 19-09-94).

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

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

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

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

B. *Derecho de autodefensa*

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

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

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

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

6.3.2. Derecho a probar y controlar la prueba

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

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

Presupuesto de este derecho instrumental, ciertamente complejo, es que el imputado tenga derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; derecho que es expresión del principio de igualdad de armas y rige desde el procedimiento de investigación preparatoria.

Este derecho representa un factor que equilibra e impide los excesos unilaterales de exigencia de celeridad subyacente en el principio de duración razonable del proceso (STEDH, Asuntos Kröcher y Möller vs Suiza, de 09-07-1981, y Neftyanaya Kompaniya Yukos vs Rusia, de 20-09-2011). 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, Asuntos Daud, de 21-04-1998, y Chiehlian y Ekindjian, de 29-11-1989). En esta perspectiva este derecho indica dos elementos para una defensa efectiva: las facilidades y el tiempo; la determinación de este último depende de las circunstancias particulares del caso y, por tanto, requiere de una ponderación caso por caso, respecto a la cual los plazos estandarizados fijados por el CPP pueden resultar de escasa importancia [BALSAMO].

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

B. *Derecho de intervenir en la actividad probatoria*

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

factible a estos efectos la transmisión audiovisual. Es suficiente que el defensor pueda interrogar de manera amplia al testigo o perito (STEDH Doorson, de 26-03-96), no así que el interrogatorio se formule mediante preguntas escritas o a través de 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 BARJA]. Excepcionalmente, sin embargo, pueden utilizarse testimonios realizados en la etapa de investigación preparatoria, siempre que se hayan respetado en su esencia los derechos de defensa. Muy amplia, al respecto, es la STEDH Isgró, de 19-02-91.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es de puntualizar, sin embargo, que el reconocimiento del derecho o la posibilidad de guardar silencio: *ius tacendi*, de universal aceptación, llega hasta allí, pues ante esta renuncia se suscitan las diferencias. En el sistema eurocontinental, como se ha dejado expuesto, el imputado que quiere declarar no solo no presta juramento sino que las mentiras que pueda exponer en su autodefensa no le generan efecto lesivo alguno (la STEDH 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 inculpado el derecho o posibilidad de mentir en su propio provecho en aras del principio de probidad y de seriedad de los actos del proceso penal [VÁSQUEZ SOTELO].

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

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

Queda claro, entonces, que la cláusula de no autoincriminación: *nemo tenetur se ipsum accusare*, y sus sinónimas: *nemo tenetur se detegere* (nadie está obligado a delatarse) y *nemo tenetur edere contra se* (nadie viene obligado a declarar contra sí mismo), se circunscribe (i) a la no exigencia de una conducta activa del imputado que entrañe una declaración que exteriorice un contenido, y (ii) siempre que esa declaración importe el reconocimiento inmediato de una infracción. En consecuencia, desde una perspectiva estricta, no puede pedirse coactivamente al

imputado que declare y responda compulsivamente a un interrogatorio, cuyas respuestas puedan incriminarlo al importar el reconocimiento, expreso o tácito, de la comisión de una infracción, sea penal o administrativa, en tanto esta última integra el *ius puniendi* estatal [ROXIN].

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

Desde el derecho a guardar silencio (*nemo tenetur se detegere*) es de puntualizar que este derecho solo significa guardar silencio. No expresar declaración de contenido alguno, por lo que no puede ser considerado como una forma de asunción de responsabilidad o admisión tácita de hechos. El que guarda silencio simplemente no dice nada; su no declaración no es interpretable; el silencio es igual a cero [STSE 874/2013, de 21 de noviembre]; el silencio no puede trasladar la carga de la prueba y liberar a la Fiscalía de su función [STCE 161/1997, de 2 de octubre].

La voluntariedad de la declaración excluye la utilización de audiencia, disfraz o cualquier forma de engaño (inducción o engaño), cuya acreditación erige la declaración en prueba ilícita inutilizable –un supuesto equivalente es cuando el imputado declare en función a unas pruebas de signo inculpatario y, en razón a ello, se inculpe, consecuentemente, si esas pruebas se declaran inutilizables, la confesión, asimismo, debe excluirse–. No se admite, con mayor razón, obtener confesiones mediante métodos opresivos o coercitivos en contra de la voluntad del imputado [STEDH, Asunto Quinn vs Irlanda, de 21-12-2000]. Tampoco puede prestar juramento ni promesa de decir la verdad, que es una exigencia propia del *civil law*.

Cuando se ejerce el derecho al silencio, culmina la diligencia. No cabe permitir a las contrapartes a dejar constancia de las preguntas que podrían haber formulado en caso el imputado hubiera declarado. En este caso son preguntas impertinentes. Carecen de utilidad que conste en el acta tales preguntas.

En los casos en que el imputado es objeto de prueba, la pasividad (*ius tacendi*) es lo central –no se le puede obligar a realizar conductas activas [STEDH, Asunto J.B. vs Suiza, de 3 de mayo de 2001]–. Si tal presupuesto se cumple, si no se obliga al imputado a realizar una conducta positiva o activa determinada, a autoincriminarse, entonces, realizar pericias como de ADN, aliento, esperma, saliva, inspecciones corporales, intervenciones corporales, reconocimientos físicos, incluso coactivamente realizados y respetando el principio de proporcionalidad, es del todo legítimo –la STEDH, asunto Tirado Ortiz y Martín vs España, de 15-06-1999, estableció que la imposición a los automovilistas de la obligación de someterse a una prueba de aliento o análisis no es contraria a la presunción de inocencia–. Los análisis y reconocimientos no son equiparables a una declaración; son, en el primer caso, simples pericias de resultados inciertos; y, en el segundo caso, una exposición de un tercero (la víctima por lo general o un testigo presencial) a la que se le muestra, en pueda, físicamente (incluso en fotografías o vídeos) al imputado y se le pregunta si puede reconocerlo. Hay una obligación del imputado de soportar estas diligencias. Integra el derecho de guardar silencio el permanecer inmóvil en las pericias (ADN, sacar sangre o quitar pelo al imputado); no así soplar en el alcoholímetro.

El silencio parcial del imputado es factible, pues es una manifestación del *ius tacendi*. Es aquel silencio que no es total, en cualquiera de sus posibles manifestaciones. El imputado puede decidir responder a unos sí y a otros no, o hacerlo parcialmente a todos o a algunos, incluso responder solo algunas preguntas del mismo interrogador y otras no –en estos supuestos no se está ante unas respuestas con lagunas o evasivas, en que se trata de casos sí valorables–. Solo son valorables las respuestas expresas del imputado. No es un quebranto del derecho al silencio, tener en cuenta las manifestaciones que ha dado el imputado fuera del juicio a terceros, igualmente las cartas o documentos que hubiera enviado a otras personas relacionadas con los hechos; y, también puede considerarse la entrevista que dé el imputado a la radio o a la televisión sobre los hechos [LLOBET].

En caso del silencio en el procedimiento de investigación preparatoria pero no en el procedimiento principal (juicio oral) permite estimar que esta última declaración surte todos sus efectos, pero no se podrá extraer ningún efecto de su silencio en sede investigación preparatoria. En cambio, el silencio en el plenario, pero no en el procedimiento de investigación preparatoria, determina que esta última declaración pueda utilizarse, pues cada declaración tiene carácter independiente [CRUZ MARTÍN. STSE 2545/2001, de 4 de enero]: producida la declaración del imputado en algún momento del proceso, en virtud de una decisión autónoma

del propio interesado, su contenido informativo es material valorable dentro del conjunto del cuadro probatorio y susceptible de ser tratado como tal. El derecho al silencio es un derecho de uso actual, que se activa y puede ejercitarse en cada momento del proceso, pero que no retroactúa sobre los ya transcurridos, ni tiene, por tanto, en ellos, la incidencia que pretende el que recurre. El imputado puede guardar silencio en el plenario, pero no hacer que éste se proyecte hacia atrás, con la eficacia de cancelar otras manifestaciones precedentes. Asimismo, es posible valorar si entre la primera y la segunda existen contradicciones [LOZANO].

IV. TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

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

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

Los artículos II, III, VIII y IX desarrollan normativamente concretas garantías procesales penales: presunción de inocencia, non bis in idem, prueba legítima –obtenida y actuada con todas las garantías, que integra la garantía genérica de presunción de inocencia, aunque con perfiles singulares que trascienden a la

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

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

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

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

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

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

PARTE SEGUNDA

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

LECCIÓN CUARTA

PRESUPUESTOS PROCESALES Y JURISDICCIÓN PENAL

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Concepto y alcances

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

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

Es posible, claro está, concebir este impedimento apenas cuando fuese instituido a favor del interés público; cuando el mérito fuese favorable al demandado o acusado, la ausencia de un presupuesto destinado a su protección no retira del

juez el deber de emitir una sentencia desestimatoria o absolutoria, de modo que la ausencia de un presupuesto impedirá la tutela de un derecho material, pero no el juzgamiento de mérito. En el caso en que el mérito es favorable al demandante o acusador, el juez podrá conceder la tutela del derecho si el presupuesto negado tuviese el objetivo de protegerle [MARINONI].

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

2. Clasificación

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

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

II. REGULACIÓN

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

- A.** Título I. La jurisdicción: artículos 16-18 (tres artículos).
- B.** Título II. La competencia: artículos 19-32 (catorce artículos). Se subdivide en tres capítulos:

- (i) *Capítulo I. La competencia por territorio:* artículos 21-25 (cinco artículos).
 - (ii) *Capítulo II. La competencia objetiva y funcional:* artículos 26-30 (cinco artículos).
 - (iii) *Capítulo III. La competencia por conexión:* artículos 31-32 (dos artículos).
- C. Título III. Concurso procesal de delitos: artículo 33 (un artículo)
- D. Título IV. Cuestiones de competencia: artículos 34-59 (26 artículos). Se subdivide en cinco capítulos:
- (i) *Capítulo I. La declinatoria de competencia:* artículos 34-38 (cinco artículos)
 - (ii) *Capítulo II. La transferencia de competencia:* artículos 39-41 (tres artículos).(vi)
 - (iii) *Capítulo III. La contienda de competencia:* artículos 42-45 (cuatro artículos).
 - (iv) *Capítulo IV. La acumulación:* artículos 46-52 (siete artículos).
 - (v) *Capítulo V. La inhibición y recusación:* artículos 53-59 (siete artículos).

III. JURISDICCIÓN PENAL

1. Antecedentes

El término “jurisdicción” posee diversos significados. El más amplio está referido a las tres principales funciones jurídicas confiadas al Estado, ya definidas, que se extiende a todo el territorio nacional; y, antes, a la potestad del Estado –no sometida a otras potestades– de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado instrumentalizado a través de órganos jurisdiccionales, unipersonales y colegiados [SANTOS MARTÍNEZ]. También se la califica como el conjunto de los órganos que cumplen la función jurisdiccional, la organización jurisdiccional –todos los órganos jurisdiccionales son Poder Judicial– Organización, pero solo tienen potestad jurisdiccional los propios jueces [MONTERO], al margen de reconocer la existencia, al interior del Poder Judicial, una organización gubernativa, que incluye la disciplinaria (a través de un órgano autónomo: la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial, ex Ley 30943, de 8-5-2019), aunque parcial y limitada por la existencia de la Junta Nacional de Justicia–. La jurisdicción ordinaria es el

conjunto de órganos jurisdiccionales a los que se encomienda el conocimiento y resolución de la generalidad de los procesos, relativos, a su vez, a la generalidad de las materias jurídicas. Este conjunto de órganos jurisdiccionales posee una estructura basada en criterios de jerarquía funcional y de división del trabajo, tanto en sentido cualitativo como cuantitativamente. La jurisdicción especial, en cambio, está integrada por uno o varios órganos jurisdiccionales –al margen del Poder Judicial-Organización–, constituidos o dedicados al completo conocimiento y resolución de procesos concernientes sólo a materias y/o sujetos específicos [DE LA OLIVA]. En Perú: (i) jurisdicción militar-policial, (ii) jurisdicción tradicional o indígena, (iii) jurisdicción constitucional (es mixta, y está a cargo del Poder Judicial, pero para determinados asuntos –los más relevantes tanto genérica como funcionalmente–, y como órgano más importante, está instituido el Tribunal Constitucional), y (iv) jurisdicción electoral (Jurado Nacional de Elecciones)–. A su vez, para que un órgano jurisdiccional ostente legítimamente la potestad jurisdiccional sobre un determinado asunto, resulta preciso, de un lado, que la materia litigiosa no esté exenta del conocimiento de los órganos judiciales peruanos y, de otro, que, admitida la jurisdicción peruana, tampoco quede atribuido el conocimiento de dicho objeto a otra jurisdicción especial o a otro jurisdiccional distinto al penal (civil, familia, contencioso-administrativo o laboral). La jurisdicción se erige en un requisito previo al proceso, sin cuyo cumplimiento no puede válidamente instaurarse, ni, por lo tanto, puede el juez entrar en el examen jurídico material de la pretensión, cuya concurrencia debe ser examinada de oficio [GIMENO].

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

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

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

2. Definición

La jurisdicción penal es una especie de la jurisdicción, en cuya virtud el Estado a través de los juzgados y salas del Poder Judicial, integradas en el orden jurisdiccional penal, realiza su misión de dirigir el proceso penal, manteniendo la integridad del ordenamiento punitivo mediante la aplicación de sus normas, declarando en el caso concreto la existencia de las infracciones punibles e imponiendo las sanciones penales, siempre que se haya ejercitado la acción [IBÁÑEZ]. Es una jurisdicción por la materia, circunscripta a los delitos y faltas, de la que conoce de manera exclusiva y excluyente. Consiste, pues, en la comprobación –positiva o negativa– de los delitos, bajo una regla hoy evidente: *nulla poena sine iudicio*, 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/RIÑO]. El artículo 17 del CPP establece, por consiguiente, que la jurisdicción penal es improrrogable. Ello significa que, como auténtico presupuesto procesal, no cabe sobre ella ningún género de sumisión,

tácita o expresa, y que su defecto puede ser apreciado de oficio por los órganos judiciales en cualquier estadio del procedimiento [ARMENTA]. Las partes, en especial el Ministerio Público, solo pueden deducir la controversia penal ante el juez que ostente jurisdicción y competencia, la cual está definida legalmente.

3. Órganos jurisdiccionales penales

La organización judicial nacional, desde la LOPJ, asume claramente el principio de especialidad (artículo 27 LOPJ) –en atención a la complejidad de los asuntos unida a la aplicación de criterios de división del trabajo [ARAGONESES]–, que lo proyecta tanto a la propia Corte Suprema –para la que instituye una Sala Penal– como a las cortes superiores y juzgados. El citado Código Orgánico reconoce salas penales suprema y superiores, juzgados penales, juzgados de paz letrados y juzgados de paz –a estos últimos les atribuye el conocimiento de la materia penal circunscripta a las faltas– (concordancia de los artículos 30, 34, 41, 46.2, 50, 54 y 57, segundo 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 artículo 16 define cinco tipos de órganos jurisdiccionales penales.

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

Los órganos jurisdiccionales poseen una ordenación territorial para cuya determinación han de tenerse en cuenta tres elementos: **1.** La *circunscripción*, que es el espacio donde ejercen válidamente su función. **2.** La *sede*, que es la localidad

donde reside el órgano jurisdiccional. 3. El *local*, que es el edificio donde está instalado el órgano jurisdiccional. Así, la Corte Suprema tiene como circunscripción todo el Perú y su sede está en la capital, Lima. Las Cortes Superiores tienen como circunscripción el ámbito territorial de un departamento –denominado a efectos judiciales, distrito judicial (artículo 36 LOPJ)–, aunque se reconocen excepciones respecto de ese ámbito territorial en función a las dimensiones del territorio, número de habitantes y litigiosidad: existen, por ejemplo, Cortes Superiores en la Provincia Constitucional del Callao, y en las provincias de Cañete y Huaura que integran el departamento de Lima, y la provincia de El Santa, que integra en departamento de Áncash; asimismo, la provincia de Lima Metropolitana, además de la Corte Superior de Lima, tiene la Corte Superior de Lima Norte, Lima Sur y Lima Este. Los juzgados penales y de investigación preparatoria pueden tener su circunscripción limitada a una provincia o incluso a determinados distritos: los juzgados de paz letrados, en un distrito (artículo 54 LOPJ); y los juzgados de paz, en los poblados, a juicio del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (artículo 61 LOPJ).

4. Extensión y límites de la jurisdicción penal

4.1 Extensión de la jurisdicción penal

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

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

4.2. Límites de la jurisdicción penal

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

4.2.1. Criterio objetivo

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

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

- A. **Jurisdicción militar.** Encargada del conocimiento de los delitos de función cometidos por militares y policías en actividad (artículo 173 de la Constitución, Ley n.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 Responsabilidad Penal de Adolescentes (Decreto Legislativo 1348, de 7.1.2017). Forma parte del Poder Judicial, de la jurisdicción ordinaria, e integra en orden jurisdiccional de Familia (artículos 43-A y 53, último 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 artículo 149 de la Constitución, norma suprema que, sin embargo, todavía no ha sido desarrollada legalmente. Se organiza autónomamente, al margen del Poder Judicial Organización. En el caso de las rondas campesinas, la Corte Suprema ha considerado que sus actuaciones, bajo determinados presupuestos y sujetas a puntuales límites, son expresión de esta jurisdicción (Acuerdo Plenario n.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 (artículo 55 de la Constitución), sin importar la nacionalidad de sus autores y partícipes, deben ser conocidos por los órganos jurisdiccionales del país. A este criterio se denomina principio de territorialidad (artículo 1 CP), que procesalmente da lugar al denominado fuero territorial. Es la regla general, que también es aplicable al influjo de la teoría del pabellón –conocido también como teoría del territorio flotante o del derecho de bandera–, tratándose de delitos cometidos en las naves o aeronaves nacionales públicas en donde se encuentren, o en naves o aeronaves nacionales privadas que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía. La Ley de Aeronáutica Civil n.º 24882, de 30-06-88, en su artículo 5, prescribe que los delitos cometidos a bordo de aeronaves civiles nacionales que se encuentren en territorio extranjero, se aplica la ley peruana si los efectos del acto no afectan al Estado sobrevolado. En estos últimos supuestos el principio que los expresa es el de territorio nacional ficto [VILLA STEIN].

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

Es obvio, a partir de lo expuesto, que la jurisdicción penal peruana existe básicamente para todos los hechos que están subordinados al poder penal peruano, pues su eje fundamental es el principio de territorialidad. Siguiendo a ROXIN-SCHÜNEMANN, sus límites (primer nivel) se determinan por el Derecho penal internacional que, a su vez, decide, en un segundo nivel, como Derecho de aplicación penal, acerca de si el juez, en ejercicio de su poder penal, aplica su propio Derecho material o un Derecho material extranjero. El Derecho penal internacional peruano está regulado, conforme se tiene expuesto, en los artículos 1 al 4 del Código Penal. Estos preceptos establecen el campo de validez del Derecho penal material peruano. Dado que el artículo 1 y siguientes del Código Penal también regula el primer nivel (los límites) del poder penal peruano, estos preceptos describen un presupuesto procesal, en cuya ausencia no se debe absolver, sino archivar (sobreser) el proceso.

4.2.3. Criterio subjetivo

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

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

Los extranjeros que desempeñan alguna función pública en sede nacional gozan de inviolabilidad según las disposiciones del derecho internacional público –teoría del interés de la función–. Así, jefes de Estados extranjeros (Código de Bustamante, artículo 297) e integrantes de su séquito (Tratado de Montevideo), diplomáticos (Convención de La Habana sobre funcionarios diplomáticos; Código de Bustamante, artículo 298; Convención de Viena sobre funcionarios diplomáticos), miembros de las misiones acreditadas ante los distintos organismos de las Naciones Unidas, del sistema americano, etc.

IV. JURISDICCIÓN MILITAR POLICIAL

1. Aspectos fundamentales

El artículo 139.1 de la Constitución, si bien reconoce el principio de unidad y exclusividad jurisdiccionales y consolida la vigencia del Poder Judicial Organización, igualmente contempla la jurisdicción militar, integrada por un conjunto de órganos jurisdiccionales especializados que aplican el derecho penal militar (STC n.º 23-2003-AI/TC, de 04-11-04, § 37). La Constitución, aun

cuando consolida la existencia de una jurisdicción especializada –en orden a la especial naturaleza de la actividad castrense y de las conductas que en su relación deben ser prohibidas [HURTADO]–, no impone sin embargo la necesidad absoluta de una organización propia judicial militar, al margen del Poder Judicial; no traduce una suerte de garantía institucional para la jurisdicción militar policial, aunque es posible que el legislador ordinario pueda hacerlo sin infracción de la Constitución (STC n.º 0001-2009-PI/TC, de 04-11-09). La justicia militar policial, entonces, desde la perspectiva constitucional, puede ser configurada como un mero órgano jurisdiccional de competencia especializada y, aunque dudosamente, como un complejo de tribunales especiales por la organización.

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

Dos premisas deben reconocerse a la jurisdicción militar policial. De un lado, conforme se estipuló en las SSCIDH Castillo Petruzzi, Durand y Ugarte, Las Palmeras, y Lori Berenson, esta “se establece por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”: mantenimiento del orden, seguridad y disciplina en las fuerzas del orden, es la expresión utilizada por el artículo I, apdo. 1, del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial. De otro lado, el principio de jerarquía y disciplina militar, que tiene un carácter configurador del ordenamiento castrense y, a su vez, garantiza y tutela el adecuado cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados los institutos castrense y policial, debe entenderse como aquel que hace referencia a la observancia del conjunto de reglas y preceptos a los que un militar o policía debe acomodar su conducta y, por tanto, desde las relaciones internas del citado colectivo, a la idea de respeto mutuo que preserve el principio de jerarquía (Ejecutoria Suprema CC-35-2009, de 08-02-10).

El artículo 173 de la Constitución señala que están sometidos al Fuero Militar-Policial –acorde con la legislación vigente– los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, cuyos órganos jurisdiccionales solo aplican la Ley Penal Militar, sus disposiciones no se extienden a los civiles. Los tribunales militares, por consiguiente, atienden al derecho penal militar y en este sentido es que se le denomina Fuero. Los delitos que contemplan son los de función, cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, con

exclusión de los civiles. Ese es el ámbito de competencia material de la jurisdicción castrense [CUBAS], por lo que se trata, como lo definió la STC n.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 0012-2006AI/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 0412-09, no obstante lo que en su día declaró en las SSTC 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 artículo 173 de la Constitución se ha construido el concepto constitucional de delito de función. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, sobre la base de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha alcanzado un alto grado de definición, que luego ha sido consolidado por el Código Penal Militar Policial y la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial: artículos III y IV del Título Preliminar de la LOFFMP, y 7 y 8 del CPMP.

Como la jurisdicción militar es una jurisdicción funcional, los agentes activos –que solo pueden ser militares y policías en situación de actividad, nunca civiles: artículos III y IV del TP de la Ley n.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 horrendos y en los atentados graves a los derechos humanos.

Precisando estas exigencias, la Ejecutoria Suprema CC/18-2004, de 1711-04, instituyó cuatro características básicas del delito de función. Así, **1.** Este delito se construye a partir de una noción subjetiva-objetiva, pues protege concurrentemente un interés militar o policial y a un sujeto activo cualificado determinado. **2.** Es un delito de infracción del deber positivo especial, pues el autor solo puede ser quien aquel que lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra en el derecho administrativo y que se muestra a través del tipo legal, deber radicado en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; él es el garante del cumplimiento de aquellas tareas vinculadas a la existencia, organización y cumplimiento de los fines constitucionales de la institución la que pertenece. **3.** Es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría, la condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena. **4.** El sujeto pasivo del delito de función, en tanto el bien jurídico vulnerado ha de ser inherente y exclusivo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, serán estas últimas.

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

El Código de Justicia Militar Policial ha concretado el conjunto de los delitos de función, que delimitan el alcance de la justicia militar policial.

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

3. Conflictos de jurisdicción

3.1 Concepto

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

3.2 Decisión

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

3.3 Criterios de definición

Como precisó la Corte Suprema en la Ejecutoria CC-35-2009, de 0802-10, siguiendo la jurisprudencia española, para solucionar los conflictos jurisdiccionales surgidos con la jurisdicción militar no basta con la mera interpretación gramatical o sistemática de los preceptos sustantivos o procesales que pueden entrar en colisión, es necesario profundizar en el análisis de las situaciones jurídicas

enfrentadas para examinar si se ha producido una lesión a intereses estrictamente militares o, por el contrario, existen otros bienes jurídicos que se estimen dignos de protección preferente por la jurisdicción ordinaria. De ello surge un principio fundamental en la materia: *la jurisdicción ordinaria prevalece frente a la militar policial, sin posibilidad de interpretaciones extensivas o por vía de conexidad o analogía* [RICHARD/RIÑO].

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

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

3.4 Precisiones adicionales

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

Es claro que, en principio, se está ante un concurso impropio o concurso de leyes, que la doctrina mayoritaria denomina “unidad de ley”: *Gesetzeseinheit*. En su consecuencia, el comportamiento del autor realiza varios tipos penales, pero en este caso, el contenido delictivo del hecho queda abarcado y sancionado de modo

tan completo mediante la aplicación de uno o varios tipos penales, que los demás quedan desplazados [STRATENWERTH]. Se trata, pues, de escoger cuál, entre varias normas, es la aplicable.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es de analizar, en primer lugar, si se presentan los elementos constitutivos del tipo delictivo militar policial conforme lo prevé el Código Penal Militar: **A. Sujeto** –militar o policía en situación de actividad–; **B. Objeto jurídico** –el bien jurídico tutelado: institucionalidad específica, exclusiva y excluyente, de las Fuerzas del Orden–; **C. Sujeto pasivo** –la institución militar policial concreta, esto es, el Estado–; y, **D. Circunstancias del hecho** –acto de servicio o con ocasión de él–. Y, en segundo lugar, es de comparar los elementos constitutivos del tipo penal común; y, desde esa perspectiva, aplicar las reglas del concurso impropio.

LECCIÓN QUINTA

COMPETENCIA PENAL

I. CONCEPTO Y ALCANCES

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

La competencia, en cuanto medida de la jurisdicción –expresión atribuida a PRIETO CASTRO–, se define como la esfera de jurisdicción de la cual está investido el singular órgano judicial. Consiste en una serie de criterios de distribución del trabajo entre los diversos órganos jurisdiccionales nacionales de un mismo Orden Jurisdiccional [NIEVA]. Una vez establecida la jurisdicción de un órgano jurisdiccional peruano, con carácter previo, debe averiguarse el orden jurisdiccional sobre el que recaerá, el mismo que está definido por la LOPJ, que precisamente determina la llamada competencia por órdenes o competencia genérica [GÓMEZ COLOMER], entre las que se encuentra la competencia penal. Esta presupone que un determinado asunto, por su naturaleza delictiva, está sometido a la jurisdicción penal. Las reglas sobre la competencia precisan e identifican al concreto órgano que debe conocer un proceso (artículo 19.2 CPP).

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

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

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

Tres son las características de la jurisdicción penal:

- A. Indisponible. Las partes procesales no pueden imponer pactos y condiciones que afecten a su régimen jurídico. No pueden someterse ni renunciar a la jurisdicción penal ordinaria. Esta nota característica es un derivado del principio oficial que tiene por punto de referencia la acción y la pretensión hecha valer en el proceso y el hecho en cual ambas se fundan. Las partes no pueden evitar el proceso por su propia conveniencia, ni pueden desapoderar al juez para entender del mismo. Cualquier manifestación del Ministerio Público tendiente a eliminar el transcurso del proceso, sólo puede aceptarse si está fundada en causa legal [CLARIÁ]. La competencia aglutina el conjunto de reglas y parámetros cuyo objeto es determinar qué órgano judicial concreto, de los que integran el Poder Judicial, debe conocer de un proceso específico –de una etapa, instancia o incidencia del mismo– con carácter exclusivo y excluyente [SANTOS MARTÍNEZ].

- 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 LIANO]. Consagra el principio de plenitud de la jurisdicción.

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

- A. Por razón de la materia y persona del imputado: competencia objetiva.
- B. Por razón de la función: competencia funcional.
- C. Por razón del lugar: competencia territorial.
- D. Por conexión: competencia por conexión.

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

II. COMPETENCIA OBJETIVA

1. Concepto

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

2. Criterios

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

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

Se define a partir de la cualidad del sujeto pasivo de la imputación penal. Atiende al cargo o la función pública que ejerce el sujeto sospechoso, criterio que se denomina fuero [BANACLOCHE]. Está en función a si los imputados son personas aforadas por su condición de funcionarios públicos, a quienes se les atribuye la comisión de un delito con ocasión del ejercicio del cargo (están incluidos esencialmente en la Constitución y la LOPJ). Su procesamiento se reserva a una jerarquía superior de órganos jurisdiccionales. Según los artículos 450.3, y 454.4 y 3 CPP, los altos funcionarios públicos que designa el artículo 99 de la Constitución son procesados por la Corte Suprema de Justicia, así como los jueces superiores, fiscales superiores, miembros del Tribunal Supremo Militar Policial y procuradores públicos del Estado; mientras que los jueces especializados, jueces de paz letrados, fiscales provinciales y fiscales adjuntos provinciales son procesados por las Cortes Superiores de Justicia respectivas.

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

Este criterio parte de que no exista persona aforada, y toma en cuenta la clasificación de las infracciones punibles reconocida por el Código Penal en delitos y faltas (artículos 11 y 440 CP; y, 28, 29 y 30 CPP), que permite identificar a los juzgados de la investigación preparatoria, penales y de paz, letrados y no letrados. Un criterio diferencial adicional dentro de este orden y circunscripto a los delitos, se establece a partir de su gravedad, según estén o no conminados en su extremo mínimo con pena privativa de libertad mayor de seis años, criterio que solo rige para la etapa procesal de enjuiciamiento y define si el Juzgado Penal será colegiado o unipersonal (artículo 28. 1 y 2 CPP).

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

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

Un supuesto específico de este criterio de asignación competencial se creó con motivo institucionalización de la denominada “Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada”, encargada del conocimiento de los delitos de crimen organizado y de corrupción de funcionarios. Así se desprende de su estatuto inicial mediante Resolución Administrativa 325-2017-CE-PJ, de 27-11-2017, y sus modificatorias por Resoluciones Administrativas 318-2018-CE-PJ, de 30-12-2018, y 476-2019-CE-PJ, de 4-12-2019, publicada el 18 de ese mes y año.

La aplicación preferente entre estos tres criterios, en primer lugar, corresponde al criterio *ratione personae* y, en segundo lugar, al criterio *ratione materiae* referido a la clase y tipo de delito previsto en el artículo 24 CPP. Los dos criterios priman frente al criterio referido a la clase de infracción punible –que es la regla general de atribución de la competencia objetiva– puesto que son criterios especiales [GIMENO].

El último párrafo del citado artículo 24 del CPP, además, instituyó una competencia material especial radicada en la Corte Superior de Lima Centro, para dos grupos de delitos: **1.** Tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, trata de personas y sicariato. **2.** Secuestro y extorsión que afecten o en los que estén implicados funcionarios del Estado (se entiende de carácter nacional, no regional o municipal). En ambos grupos de delitos no se toma en cuenta el lugar de comisión del delito, aunque inevitablemente es de aplicar el principio de proporcionalidad de suerte que en función al subprincipio de necesidad se ha de tomar en consideración si tal competencia en Lima Centro resulta indispensable por razones de seguridad o logística, o si no se afectaría radicalmente la eficacia de la investigación de conocerse los hechos en lugar distinto de la sede de su comisión.

III. COMPETENCIA FUNCIONAL

1. Concepto

Es aquel criterio competencial que resulta de la división del trabajo, de la especialización de las funciones al interior del proceso, y, en consecuencia, de la mayor o menor capacidad funcional de los órganos jurisdiccionales [LEVENE]. Está constituido en atención a las etapas del proceso penal declarativo de condena, del proceso penal de ejecución y de protección provisional, o de coerción, así como a la labor procesal que puede hacer el juez, es decir, a particulares actividades del proceso o al ejercicio en él de funciones especiales por parte del juez –básicamente, en relación a la anticipación probatoria, a las cuestiones de competencia y a la

cooperación judicial internacional—. Se asigna determinadas funciones distintas en una misma causa a órganos jurisdiccionales que son competentes para entender de ella por razón de la materia y del lugar [WACH].

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

2. Manifestaciones de la competencia funcional

2.1. Proceso penal declarativo

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

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

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

Existen otros actos o procedimientos específicos, tales como la recusación (las salas conocen la recusación contra sus integrantes), las transferencias de

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

2.2. Proceso penal de ejecución

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

- A. **Juzgado Penal Unipersonal:** beneficios penitenciarios, así como incidentes derivados de la ejecución de la sanción penal establecidos en el Código de Ejecución Penal (artículo 491.3 CPP).
- B. **Juzgado Penal Colegiado:** refundición y acumulación de penas.
- C. **Juzgado de la Investigación Preparatoria:** todo otro incidente de ejecución no reservado a los juzgados penales, incluso al Colegiado. Ello es así en atención a que está investido, por imperio del citado artículo 29.4 CPP, de la competencia básica en sede de ejecución. El artículo 491.1 CPP le encarga, expresamente, la conversión y revocación de la conversión de penas, revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, y la extinción o vencimiento de la pena. Esta última norma, en su apdo. 3, también le atribuye el conocimiento de todo incidente de ejecución penitenciario referidos a la libertad anticipada, con excepción de los beneficios penitenciarios.

2.3. Proceso penal de protección provisional o coerción

Las medidas de coerción procesal, como las denomina el CPP en la Sección III del Libro Segundo Actividad Procesal, están sujetas a un procedimiento específico. La regla general en materia de competencia objetiva es que corresponde dictarlas al juez de la investigación preparatoria. Por lo general se profieren en la etapa de investigación preparatoria (artículo 254.1 CPP), pero pueden dictarse en sede intermedia (artículo 350.1c CPP). Es obvio, aunque con

un carácter reducido, que estas también pueden dictarse en la etapa principal del enjuiciamiento, a fin de garantizar su debido desarrollo, y el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes (artículo 363.1 en concordancia con el apdo. 5 del artículo 364, del CPP).

IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL

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

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

Su apreciación, al erigirse en auténticos presupuestos procesales, es de oficio, sin perjuicio de la facultad de las partes de deducirlas a partes del planteamiento de

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

V. COMPETENCIA TERRITORIAL

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

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

1. Fueros ordinarios generales

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

El fuero primario o preferente está referido, relevantemente, al lugar de comisión del delito, al *forum delicti commissi* –por lo general, los testigos viven en las cercanías del lugar del hecho, y allí se encuentran los vestigios materiales y demás fuentes válidas de información [ROXIN]–. El lugar de comisión delictiva ha sido definido legalmente en el artículo 5 CP, que optó por el principio de ubicuidad restringida; esto es, el lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se

producen sus efectos. En el caso de tentativa la norma se inclina por el lugar del último acto, al igual que en los supuestos de delitos continuado y permanente; esto último, sin embargo, en función a la base material que lo sustenta: el principio de ubicuidad, debe interpretarse en el sentido de que el criterio de la comparación para la opción preferible se da entre el lugar de la acción –sede del último acto– y el lugar del resultado criminal –sede del efecto lesivo–. Criterios ciertamente pragmáticos, vinculados al buen orden y finalidad del proceso, determinarán la opción pertinente: lugar de la acción o lugar del resultado.

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

2. Fueros ordinarios especiales y el sistema especializado en corrupción de funcionarios

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

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

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

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

Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Los delitos asociados a la corrupción –en puridad, desde una perspectiva amplia, que es el signo del Derecho Internacional Penal, aquellos a los que se refieren la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción–, son los ilícitos penales que se circunscriben no solo a los delitos contra la Administración Pública indicados en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo, de nuestro Código Penal, sino también al delito de lavado de activos derivado de los anteriores, y demás delitos conexos a ellos–, fue un tema delegado por el Congreso al Gobierno.

En esa perspectiva, el Decreto Legislativo número 1307, de 30-12-2016, creó en su Cuarta Disposición Complementaria Final el indicado sistema. Norma que encargó su implementación al Presidente del Poder Judicial, al Fiscal de la Nación, al Director General de la Policía Nacional y al Ministro de Justicia, quienes designarán los órganos competentes. Obviamente, la amplitud del texto, muy censurable por cierto, por referirse a normas de organización y funciones, debía tener rango de ley, no de Ordenanza.

Esa omisión se corrigió por el Decreto Legislativo número 1342, de 7-1-2017 (ocho días después). La Quinta Disposición Complementaria Final modificó la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley número 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, que como se sabe reconoció a través de una norma con rango de ley, lo que antes había sido una creación del órgano de gobierno del Poder Judicial dictada al amparo de la LOPJ y del artículo 24 del CPP, la competencia objetiva de la Sala Penal Nacional como un subsistema especializado del Orden Jurisdiccional Penal.

La modificación incorporó dos párrafos en dicha Disposición Complementaria Final. Allí concibió el Sistema –que por error denominó “Sistema Nacional Anticorrupción”– compuesto por dos niveles: un grupo de órganos judiciales con competencia nacional, y otro con competencia en el ámbito geográfico de su Distrito Judicial.

- A.** La competencia nacional se circunscribe a los delitos fijados en el artículo 3, numeral 18, de la Ley número 30077. La redacción tiene alguna diferencia con la de los delitos de criminalidad organizada del párrafo primero. Requiere para tal fin: **1)** Que el delito se cometa en el marco de una organización criminal. **2)** Que dicho delito, por sus efectos, tengan repercusión nacional o internacional. **3)** Que la persecución de ese delito dé lugar a un proceso complejo (para su definición, véase el artículo 342.3 del CPP). Se trataría, en razón a la excepcionalidad de esa competencia y de la gravedad de los hechos objeto de conocimiento judicial, de la exigencia de un requisito necesario y presente en toda circunstancia: organización criminal; y, sobre ese presupuesto material, de la concurrencia de uno de los dos presupuestos adicionales reconocidos: repercusión nacional o internacional, de un lado, o proceso complejo, de otro lado).
- B.** La competencia distrital se circunscribe a los delitos de concusión, exacción ilegal, colusión, cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito; siempre que no se presenten los presupuestos de conocimiento de la Sala Nacional Especializada en Delitos de Corrupción.

Se trata, en suma, de un subsistema judicial propio con dos lógicas de atribución de competencias, pero una misma línea de configuración institucionalizada bajo una coordinación única.

A esta reforma, de derecho orgánico procesal, ha seguido, en otras normas, pautas específicas en materia de derecho funcional procesal, incorporadas en el Decreto Legislativo número 1307, de 30-12-2016. En efecto, en materia de delitos de corrupción, se permite expresamente: **1.** La preconstitución probatoria respecto de los testimonios y exámenes a los peritos. **2.** La designación, por el Fiscal, de Agentes Especiales, a los funcionarios y servidores públicos, en las investigaciones por delito de corrupción de funcionarios (artículos 382 al 401 del CP), quienes también pueden intervenir en la operación de revelación de delitos.

La especialización judicial en ámbitos sustancialmente complejos y con particularidades de expresión criminal, muy dinámicas por cierto, requiere de órganos judiciales propios con jueces y personal auxiliar y técnico (asesores

económicos) especialmente preparados en materias complejas tanto desde el ámbito del derecho presupuestario y del derecho mercantil, bancario y financiero, como de materias contables, de finanzas y de comercio exterior. Además, si esos órganos se articulan a través de un sistema, bajo una coordinación única, permitirá un trabajo concertado y el diseño de mejores prácticas y de reformas institucionales para un correcto entendimiento del fenómeno de la corrupción.

No cabe oponerse, en modo alguno, a este modelo especializado de justicia penal.

3. Fueros extraordinarios

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

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

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

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

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

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

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

VI. NORMAS DE REPARTO

Determinada la competencia desde los criterios objetivo, funcional y territorial, sin perjuicio de las modificaciones que implicaría la conexidad procesal, puede que no quede fijado definitivamente en todos los casos el concreto Juzgado o Sala Jurisdiccional que deba conocer de un asunto. Lo expuesto puede suceder cuando en un mismo lugar existan varios juzgados o salas jurisdiccionales, es decir, más de un órgano jurisdiccional de igual clase. En estos casos ha de 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 debe producirse con vistas a una equitativa distribución del trabajo, unida a la mayor eficacia del servicio y procurando la mayor homogeneidad en el tratamiento de los asuntos. Estos preceptos gubernativos deben ser generales o igualitarios, suficientemente conocidos y respetuosos con las disposiciones legales sobre jurisdicción y competencia. El reparto, al tener que ser prefijadas, debe ajustarse al principio de legalidad, al de igualdad ante la ley y al de seguridad jurídica [DE LA OLIVA].

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

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

VII. COMPETENCIA POR CONEXIÓN

1. Concepto

La regla general que implícitamente consagra el CPP es la unidad de objeto de los procesos penales: un hecho punible debe dar lugar a un proceso penal. Desde luego la definición de unidad o unicidad del hecho punible, sobre todo en los casos de concursos de delitos, delitos permanentes o delitos de hábito o profesionales, que presuponen varios actos desde una perspectiva fenomenológica o natural, corresponde al derecho penal material. Pero, desde el derecho procesal se utiliza un concepto más amplio de hecho, que es el de hecho procesal, que presupone lo anterior, en cuya virtud lo que se exige es la incoación de un proceso cuando se trata de un único complejo histórico procesalmente objetivado desde las reglas de

conexión –solo si existen varios hechos punibles, delimitados según el derecho penal material, que han tenido lugar en un complejo de hechos históricos, tendrá sentido plantearse su posible conexión–, que se erige como una importante garantía procesal que determina una recta y acertada impartición de la justicia penal [DE LA OLIVA].

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

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

La primera razón práctica justificadora de la competencia por conexión, que exige el *simultaneus processus*, es la necesidad de hacer posible la acumulación de causas, que es un criterio de economía procesal que evita la multiplicidad de actuaciones tendientes a un idéntico fin y favorece, a su vez, la prontitud en la resolución de las causas –idea de racionalización de la actividad jurisdiccional–. Por otra parte, existe un fundamento jurídico trascendental: la acumulación favorece una armónica aplicación de la ley, evitando muchos procedimientos y sentencias contradictorias sobre hechos vinculados, así como permite la coordinación de las pruebas, la distribución de responsabilidades y la unificación y equilibrio de las penas [CLARIÁ]. De todos ellos, empero, como aclara DE LA OLIVA, el más importante es el acierto en la calificación jurídica de los hechos y en la determinación de la pena, que en última instancia condiciona la obligatoriedad de la acumulación, aunque la ley reconoce una serie de vicisitudes procesales que desaconsejan la acumulación y, en su caso, autoriza la desacumulación (vid.: artículos 47.2, 50 y 51 CPP).

2. Hechos punibles conexos

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

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

3. Reglas de competencia por conexidad procesal

El CPP establece las reglas de determinación de la competencia por conexión en el artículo 32; su propósito es determinar a qué órgano jurisdiccional corresponde intervenir en las causas conexas unificadas. La existencia de una pluralidad de objetos en un solo proceso tiene varias posibilidades. (i) La

primera es el supuesto de pluralidad inicial, en cuya virtud desde el primer momento entran en él varios hechos punibles. (ii) Otra posibilidad es mediante la extensión del ámbito objetivo de un mismo proceso, que precisa se dé en la etapa de investigación preparatoria, en que se comprende un nuevo hecho punible –ampliación de la disposición de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, artículo 336 CPP–. (iii) La tercera posibilidad es la reunión o acumulación de procesos con objetos que presentan conexión entre sí; las hipótesis de acumulación pueden presentarse en las distintas etapas del proceso penal [DE LA OLIVA].

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

3.1. Competencia objetiva

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

En los supuestos de concurso procesal de delitos –delitos de diversa consideración procesal– (artículo 33 CPP), cuando están sujetos a distintos trámites procesales, la regla es que prima el procedimiento seguido por el delito con pena más grave –Fuero principal de la gravedad de la pena–. El ejemplo típico es el juzgamiento por el Juzgado Penal: si existen delitos que deben juzgarse por un órgano unipersonal y otros por un órgano colegiado, se juzgarán todos ellos por este último porque su institucionalización está sometido a la regla de gravedad del delito (artículo 28.1 CPP).

Distinto es el caso, sin embargo, aunque no está reglado expresamente, cuando se está ante delitos sujetos a un proceso inmediato y otros seguidos en un proceso común. En tales supuestos el procedimiento seguido será el común, por

el principio de la regularidad del procedimiento —lo inmediato es excepcional y sujeto a reglas de muy precisa configuración, y da lugar a un proceso informado por la economía procesal con reducción de trámites: artículo 446.1 CPP, criterio que no puede extenderse a otros procedimientos—. El apdo. 2 del artículo 33 CPP, consagra la regla de imposibilidad de acumulación entre procesos con estructuras diferentes; y, como ejemplo, prohíbe expresamente la acumulación entre procesos por delitos privados con los procesos comunes y otros procesos especiales. Bajo esa misma concepción no pueden acumularse, ni habrá lugar a la alteración de la competencia objetiva, entre procesos comunes y otros procesos especiales, ni estos últimos entre sí, salvo que sean uniformes, esto es, solo entre procesos de colaboración, entre procesos de terminación anticipada, de seguridad, etcétera.

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

3.2. Competencia territorial

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

El principio que rige la determinación de la competencia en todos los supuestos, salvo en el caso de la conexidad subjetiva por codeinfluencia (artículo 31.2 CPP), es aquel de carácter lógico según el cual lo mayor atrae a lo menor: la competencia corresponde al juez que conoce del delito con pena más grave —se entiende, la penalidad conminada en abstracto por el tipo legal, no la pena concreta, de imposible o muy difícil delimitación antes del fallo—. Cuando este principio general no puede ser aplicado, se introduce como regla subsidiaria, el de la fecha de la comunicación del fiscal al juez de la investigación preparatoria de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 3 CPP) —Fuero subsidiario temporal—, que expresa la regla de la primacía del primer procesamiento frente a los demás, de la antigüedad de la causa inicialmente formalizada, que una de las plasmaciones del denominado fuero de la prevención. Por prevención ha de entenderse la situación jurídica en que se halla un órgano jurisdiccional cuando ha tomado conocimiento de un asunto antes que los otros órganos, también competentes y que por ese hecho dejan de serlo [COUTURE].

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

En algunos ordenamientos la conexión, incluso, puede alterar las normas relativas a la jurisdicción penal. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando exista relación de conexidad entre un delito de función militar policial y un delito común u ordinario. La legislación española, por ejemplo, autoriza que el conocimiento de ambos delitos pase a conocimiento de la jurisdicción que tiene atribuida el conocimiento del delito más grave. Nuestra legislación no lo considera así, y asume una concepción, por cierto, más restringida del ámbito de actuación de la jurisdicción militar policial: según el artículo II del Título Preliminar de la Ley n.º 29182, la competencia de la jurisdicción militar policial comprende exclusivamente el ámbito penal militar y policial, y conforme al artículo 9.1 del Código de Justicia Militar Policial, las acciones u omisiones dolosas o culposas son delitos de función militar policial y son sancionadas por dicho Código.

VIII. CUESTIONES DE COMPETENCIA

1. Concepto

Las cuestiones de competencia surgen cuando en el curso de la tramitación de un proceso o procesos se presentan problemas sobre la determinación de la competencia [ORÉ]. Estos problemas tienen lugar entre órganos jurisdiccionales penales (competencia genérica) del mismo tipo, fijada a su vez la competencia

objetiva y funcional, en cuya virtud ambos pretenden conocer un mismo asunto o rehúsan el conocimiento por entender que no les corresponde: se discute la atribución de los criterios de competencia territorial. En el primer caso se está ante una cuestión de competencia positiva; mientras que, en el segundo, ante una cuestión de competencia negativa. Su resolución corresponde al órgano jurisdiccional inmediato superior común a ambos contendientes.

Dos temas son de enfatizar. Primero, por lo general en la cuestión de competencia lo que se discute es la competencia territorial, pero también es posible que una cuestión de competencia surja por la aplicación de normas de competencia objetiva o de competencia funcional. Segundo, existen dos importantes reglas generales: (1) Para que pueda surgir realmente una cuestión de competencia es necesario que el problema se plantee entre órganos jurisdiccionales no subordinados entre sí; si la duda de competencias se plantea entre dos órganos judiciales subordinados entre sí, no llegará a plantearse una cuestión de competencia, porque en tal caso el que la fija es el órgano judicial superior. (2) La genuina cuestión de competencia, positiva o negativa, se da, por tanto, entre órganos judiciales no subordinados entre sí, en cuyo caso se resolverá por el órgano inmediato superior común –salvo cuando se trata de la declinatoria de competencia– [DÍEZ-PICAZO].

El Título IV de la Sección III del Libro Primero del Código Procesal Penal comprende cinco instituciones específicas: **1.** Declinatoria de competencia. **2.** Transferencia de competencia. **3.** Contienda de competencia. **4.** Acumulación. **5.** Inhibición y recusación. Las tres primeras cuestionan la competencia territorial. Las dos últimas presentan otros presupuestos, pero cuyo efecto tiende a modificar la competencia preestablecida, que es lo que finalmente se destaca para regularla dentro de este Título.

Una regla de trámite, entendida como principio general, aun cuando se encuentra ubicada en el Capítulo IV, dedicada a la acumulación, común a todas las instituciones que integran las cuestiones de competencia, es la prevista en el artículo 52 CPP. Mientras está en trámite una cuestión de competencia se permite resolver, a quien tiene la causa, sobre la libertad o privación de libertad del imputado, así como la actuación de las diligencias de carácter urgente e irrealizable posteriormente o que no permitan ninguna prórroga. La exigencia de aseguramiento del proceso, de evitar privaciones de libertad indebidas o prever que el imputado se dé a la fuga o perturbe la actividad probatoria, al igual que de impedir que se pierdan actos procesales que por razones de tiempo, de oportunidad o de necesidad no es posible su postergación, justifica esta regla general.

2. Declinatoria de competencia

Es la facultad que el ordenamiento reconoce al imputado, al actor civil y al tercero civil, de instar al juez que se estima incompetente por razón de la materia (competencia genérica), de jerarquía (supuestos de aforamiento) o de territorio (competencia territorial), que declare su propia incompetencia y remita la causa al juez legalmente competente. En primer lugar, se excluye al fiscal por razones obvias: él fue quien, *prima facie*, decidió la competencia del juez cuestionado al enviar la comunicación de emisión de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 3 CPP). En segundo lugar, presupone que el juez aceptó la competencia y, por tanto, no la descartó oportunamente una vez que se avocó al conocimiento del asunto.

La solicitud de declinatoria está sometida a un plazo de caducidad: dentro de los diez días de formalizada la investigación preparatoria (artículo 35 CPP). Por imperio del artículo 350.1b CPP, y por tener el carácter de medio de defensa, puede deducirse en sede de etapa intermedia, si es que no se planteó en ese plazo y/o se funde en hechos nuevos.

El trámite es el previsto en el artículo 8 CPP, que instituye el modelo básico de las decisiones del juez de la investigación preparatoria a través del mecanismo de audiencias. En consecuencia: **a)** la solicitud debe plantearse por escrito y debidamente fundamentada, adjuntando, de ser el caso, los medios de investigación que correspondan (documentos, declaraciones, actas); **b)** el juez ha de indagar la constitución de las partes procesales y notificarlas con la solicitud presentada, señalando a su vez, dentro del tercer día, la audiencia respectiva; **c)** la audiencia se realizará con quienes asistan, pero el fiscal está obligado a concurrir y exhibir el expediente fiscal; **d)** la audiencia es, propiamente, una de debate respecto de las alegaciones de las partes y otra de explicación sobre los medios de investigación acompañados –no es una audiencia probatoria–; y **e)** el juez dictará resolución inmediatamente –se entiende que, en este caso, será una resolución oral– o lo hará en el plazo de dos días –se deduce que, en este caso, será una resolución escrita–. En ambos casos la resolución ha de ser expresamente fundamentada (artículo 34.2 CPP).

Si la resolución queda consentida, se remitirán las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda. Es al juez llamado por ley, y en su caso al fiscal que ejerce ante este juez o tribunal, donde se tramitará la causa. La resolución, sin embargo, es apelable ante la Sala Penal Superior. De conformidad con el artículo 418.1 CPP, *a contrario sensu*, el efecto no es suspensivo, por consiguiente, el juez no remitirá la causa hasta que se absuelva el grado.

El artículo 38 CPP presenta un problema: precisa que los actos válidamente realizados antes de la declinatoria conserven su eficacia. La validez del acto procesal, por tanto, ha de estar condicionada a su corrección procesal. Es de aplicación, respecto de la competencia del juez, a la disposición del artículo 25 CPP, que no sanciona con la nulidad la incompetencia territorial. Empero, como la declinatoria se extendió a la incompetencia genérica y objetiva, es obvio que en estos casos la nulidad es inevitable.

3. Transferencia de competencia

Es la facultad que el ordenamiento reconoce a las partes –fiscal, imputado, actor civil, tercero civil, persona jurídica– de instar al juez el cambio de radicación de la causa, cuando se presentan precisas circunstancias, de carácter insalvable, que perjudican gravemente las condiciones de funcionamiento debido del proceso en un lugar determinado. Las circunstancias insalvables, no superables, están detalladas en el artículo 39 CPP: **1.** Impedimento o perturbación grave del normal desarrollo del proceso. **2.** Peligro real e inminente, imposible de controlar, contra la seguridad del procesado o de su salud. **3.** Afectación grave del orden público. Estos motivos, como precisó la Ejecutoria Suprema n.º 28-2008/Apurímac, de 04-11-05, están incardinados en la necesidad de adelantar un proceso justo y equitativo, y buscar evitar que la corrección del procedimiento se vea alterada en su esencia por circunstancias –siempre extraordinarias– propias del lugar del proceso o de su concreto desenvolvimiento.

Los tres motivos, que han de ser interpretados restrictivamente, están referidos a cuestiones de carácter público y de interés general. Su lógica excepcional exige examinarlos desde los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, y sobre la base de un buen conocimiento de los hechos: la transferencia ha de ser idónea o cualitativamente apta para alcanzar la finalidad de protección de los intereses que el proceso resguarda, necesaria o imprescindible para garantizar la justicia y equidad del proceso, y compatible con el nivel de gravedad del peligro, la entidad de los hechos objeto de imputación y la complejidad de la causa incoada (Ejecutoria Suprema n.º 28-2008/Apurímac). El órgano jurisdiccional ha de sopesar los hechos teniendo en consideración, además, que un cambio de radicación de la causa puede limitar la actividad probatoria y, por tanto, perturbar la eficacia del proceso y restringir irrazonablemente el derecho de defensa de las partes. En consecuencia, deberá concluir, a la luz del interés superior de la justicia, si es objetivamente razonable el sacrificio de determinados derechos de las partes y, por ende, a ser juzgado fuera del lugar de comisión del delito.

El primer motivo se refiere a la afectación de las garantías procesales de las partes. Esta puede presentarse cuando el proceso puede generar manifestaciones colectivas o de los medios de comunicación social de tal entidad que pongan en peligro la imparcialidad judicial; cuando el ambiente social, cultural, político o religioso, en general, de la localidad del juicio ponga en peligro el ejercicio del derecho de defensa; o cuando hay intereses de diversa índole que puedan afectar la seguridad de las partes y de los órganos de prueba, y el correcto discernimiento de la causa [SAAVEDRA ROJAS].

El segundo motivo se circunscribe a la situación personal del imputado. Este puede padecer de una enfermedad o tener una contextura o características personales que, en atención al clima, altitud y/o falta de recursos médicos, hace temer por su salud si la causa se tramita en el lugar del juicio. También puede ser posible que el imputado sea víctima de venganzas o de atentados contra su vida, imposible de evitar en la sede del proceso [MARTÍNEZ RAVE].

El tercer motivo se limita a la afectación grave del orden público. Alude a la presencia de circunstancias objetivas que importan una profunda y efectiva alteración de la paz y seguridad en una concreta circunscripción territorial, que a final de cuentas impidan la prosecución normal de la causa. Es muy importante, al respecto, que la Sala cuente con el informe gubernamental correspondiente que dé razón fundada de los problemas o peligros de orden público que se denuncian.

La solicitud de transferencia debe fundamentarse debidamente, adjuntándose la prueba correspondiente (anexos demostrativos de la existencia de la causal que se aduce) –también debe acreditarse o razonarse con fundamento el lugar donde se solicita el cambio de radicación del proceso–. El juez de la investigación preparatoria o, en su caso, el juez penal –según el órgano ante quien se presente la solicitud, en atención al estado de la causa– correrá traslado de la solicitud a las demás partes procesales por el plazo de cinco días, y vencido el mismo lo elevará al órgano competente para decidir. La decisión debe emitirse en el plazo de tres días.

La solicitud, como ha quedado expuesto, no solo debe demostrar la transferencia que solicita, también debe precisar y justificar la sede judicial donde se pretende enviar la causa. Esta última petición, conforme al artículo 41 CPP, determina la competencia del órgano judicial: si la transferencia se solicita a un juzgado dentro del mismo distrito judicial, será resuelta por la Sala Penal Superior; si la transferencia se solicita a un distrito judicial distinto o se pide el cambio de radicación de la Sala Penal Superior –que entraña el conocimiento del juicio de apelación–, la decisión corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema.

4. **Contienda de competencia**

El conflicto o contienda de competencia surge entre dos o más jueces de la jurisdicción penal ordinaria [LEONE]. El conflicto se presenta cuando dos o más jueces de igual jerarquía toman conocimiento simultáneo del mismo caso –conflicto positivo– o rehúsan tomar conocimiento de él –conflicto negativo–. Tal situación también tiene lugar en el caso de delitos conexos: dos o más jueces competentes para conocer de los diversos delitos cometidos en conexidad hayan iniciado simultáneamente diversos procesos penales [SAAVEDRA ROJAS]. Corresponde promoverla a los propios jueces, de oficio o a petición de las partes.

El artículo 42 CPP prevé el procedimiento incidental en caso de contienda de competencia cuando el juez afirme su competencia, y el artículo siguiente fija el procedimiento cuando el juez se inhibe de su conocimiento. Son, pues, dos supuestos de contienda de competencia.

En el caso del artículo 42 CPP el procedimiento es el siguiente: En primer lugar, el juez ha de tomar conocimiento cierto, de oficio o por instancia de las partes, que otro juez de la misma categoría conoce del mismo caso sin que le corresponda –es el presupuesto de su actuación–. En segundo lugar, emitirá un auto fundado que reafirme su competencia territorial y, en consecuencia, solicitará al otro juez la remisión del proceso, adjuntando al requerimiento copia de la resolución y los elementos de juicio pertinentes que permitan al juez requerido examinar con amplitud la petición que se le formula. En tercer lugar, el juez requerido tomará una decisión mediante auto fundado en el plazo de dos días hábiles, obviamente previo conocimiento de las partes. En cuarto lugar, si la decisión es aceptar el pedido del juez requirente remitirá el proceso a dicho juez, con conocimiento de las partes; si, por el contrario, no acepta el requerimiento del juez requirente, formará el cuaderno respectivo y lo elevará a la Sala Penal Superior en el término de tres días. Por último, la Sala Penal Superior decidirá dentro del quinto día de recibidos los autos.

En el caso de la contienda por inhibición, rige el artículo 43 CPP. Si el juez, mediante decisión fundada, se inhibe o acepta la inhibición instada por las partes, por considerar que no es competente para conocer del proceso, remitirá copia de las piezas pertinentes al indicado órgano jurisdiccional si se trata de un proceso con reo libre y los actuados principales si se trata de un proceso con reo en cárcel. Es evidente que no existirá conflicto alguno si el juez rechaza la petición de las partes de inhibirse del conocimiento de la causa. Por otro lado, si el juez que recibe la causa también se inhibe –el principio de contradicción exige que el juez requiera

la intervención de las partes para decidir lo conveniente—, es decir, promueve una contienda negativa, elevará las copias pertinentes de lo actuado o el principal en el plazo de un día hábil al Superior Tribunal para que resuelva —se entiende que el plazo para resolver, al igual que lo dispuesto en el caso anterior (artículo 42.2 CPP) también será de cinco días—.

El conflicto de competencia no es procedente cuando se trata de jueces entre los que existan condiciones de superioridad jerárquica porque en este tipo de casos siempre la decisión del superior prevalecerá sobre el criterio del inferior [SAAVEDRA ROJAS]. En consecuencia, conforme al artículo 44 CPP, si el juez toma conocimiento que su superior jerárquico conoce el mismo hecho punible o uno conexo, se limitará a consultarle mediante oficio si debe remitir lo actuado. Si, por el contrario, la iniciativa corresponde al juez jerárquicamente superior, ordenará al inferior la remisión de la causa.

El artículo 45 CPP regula el supuesto específico del juez penal que recibe la acusación fiscal —a él le corresponde inicialmente, formar el expediente judicial y dictar el auto de citación a juicio (artículos 136 y 355.1 CPP)—. Si dicho juez conoce que otro de igual jerarquía tiene otro proceso para audiencia sobre el mismo caso, podrá solicitarle se inhíba del conocimiento del caso si afirma su competencia. Si el juez penal requerido considera que la causa no le corresponde, remitirá las actuaciones al juez requirente; si, por el contrario, afirma su competencia, elevará el cuaderno a la Sala Penal Superior.

La regla general en contiendas de competencia, que puede extenderse a todos los supuestos en que interviene la Sala Penal Superior, o la Sala Penal Suprema en su caso —cuando el conflicto se da entre Salas Penales Superiores o entre juzgados que no pertenecen a un mismo distrito judicial—, está consagrada en el artículo 45.2 CPP. El plazo de decisión es dentro del quinto día de recibidos los autos, para lo cual se requiere la realización de una audiencia, con intervención de los interesados, es decir, de las partes —la resolución del Tribunal no necesita de una audiencia previa si no la impone el Código, artículo 123.2 CPP—. La audiencia se realizará con quienes concurren a ella, que es la regla asumida por el artículo 8 CPP.

5. Acumulación procesal

La principal consecuencia de la conexidad es la acumulación —es su respuesta procesal y su fundamento— y con ella la prórroga o desplazamiento de la competencia (*forum conexitatis*). La competencia, por esta razón, se unifica; se

produce la unidad de la competencia. El tratamiento procesal de esta institución se encuentra en los artículos 46-52 del CPP. Ahora bien, es de distinguir dos supuestos de acumulación o reunión de delitos conexos [CALDERÓN/CHOCLÁN]:

- A. **Conexión inicial.** Se aprecia desde el comienzo del proceso. Desde el inicio de las averiguaciones entre los diversos hechos punibles o personas vinculadas a uno o más hechos punibles, la Fiscalía advierte alguno de los nexos establecidos en el artículo 31 CPP. La investigación, entonces, es única.
- B. **Conexión sucesiva.** Puede tener lugar de dos maneras. **1.** Por extenderse el proceso al conocimiento de hechos punibles que hasta entonces no venía conociéndose por la misma Fiscalía o Juzgado Penal, en cuyo caso se amplía la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria o el auto de enjuiciamiento. **2.** Por acumulación de procedimientos seguidos ante otro órgano penal, en cuyo caso se aplican las reglas de los artículos 46-52 CPP; la regla básica es la prevista en el artículo 46 CPP: la acumulación tiene lugar observando las reglas de la competencia, de suerte que se modifica el contenido típico del proceso penal, y de ello resulta la reunión de varios procedimientos penales en un único proceso para una decisión única [MANZINI].

El CPP solo ha previsto la acumulación de procedimientos, pero muy bien la conexidad, cuando es obligatoria aún más, puede producir la suspensión o aplazamiento de un proceso penal para aguardar la decisión sobre otros procedimientos penales actualmente en curso [MANZINI].

En materia de acumulaciones dos son las reglas generales:

- A. Tratándose de delitos plurisubjetivos: varias personas aparecen como autores o partícipes de un mismo hecho punible, la acumulación es obligatoria (artículo 47.1 CPP). Resulta evidente que, en este caso, si mediaren procedimientos en distinto estado, la consecuencia procesal inmediata de la acumulación, por su propio carácter obligatorio, es la suspensión del proceso más adelantado –lo que no quiere decir que la investigación preparatoria se paralice, sino que a su culminación no prosperará hacia la siguiente fase–.
- B. En los demás supuestos de conexidad, la acumulación siempre es facultativa. Está sujeta a dos condiciones, positiva una y negativa otra: **(i)** las causas han de estar en el mismo estado e instancia; y **(ii)** no han de ocasionar

grave retardo en la administración de justicia. Esta última condición se conecta con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y toma en cuenta los efectos lesivos, de diverso orden —centrados en la demora de la causa—, que pueda causar acumular procesos complejos tanto para el interés de la propia justicia como para el derecho de defensa de alguna de las partes.

Por otro lado, el artículo 50 CPP incorpora dos reglas de excepción a la acumulación procesal:

- A. La acumulación es, de plano, improcedente cuando se trata de delitos sujetos a procesos por acción pública y procesos por acción privada. En consecuencia, no se pueden acumular o reunir procedimientos si uno está sujeto a las reglas del proceso común y otro a las del procedimiento por ejercicio privado de la acción penal.
- B. A diferencia de otras legislaciones, también está prohibida la acumulación cuando un proceso se tramita en la jurisdicción ordinaria y otro en la jurisdicción militar.

La acumulación, respecto de la tramitación que la determina, puede ser decidida u ordenada de oficio o a pedido de parte. La decisión, en este caso un auto —requiere motivación para su pronunciamiento, artículo 121, § 1, CPC—, se adopta —al no estar prescripta la necesidad de una audiencia, artículo 123.2 CPP— previo traslado por tres días a las partes y se resuelve con la contestación o sin ella (artículo 90, § 2, CPC).

Cabe aclarar que la unificación procesal es el único efecto relevante de la acumulación. Las varias pretensiones punitivas que en origen habían dado lugar a otros tantos procedimientos penales separados permanecen como tales —el proceso es único solo externamente, pero internamente es plural, pues, aunque sea única la serie de actos a realizar, las posibilidades, cargas y expectativas de las partes se desarrollan respecto a cada objeto procesal— [ORTELLS].

La acumulación puede tener lugar en la etapa de investigación preparatoria, en cuyo caso la decide el juez de la investigación preparatoria, o en la etapa de enjuiciamiento, y su decisión corresponde al juez penal (artículos 48 y 49 CPP). No está prohibida, desde luego, la acumulación en la fase intermedia, en tanto tiende “a mejor preparar el juicio” (artículo 350.1h CPP), de modo que se sigue el trámite especialmente previsto para esta fase, de carácter oral. Las decisiones son apelables. El efecto de la apelación no es suspensivo (artículo 418 CPP, *a contrario sensu*, y 90 § 2 CPC).

La acumulación por conexión inicial o sucesiva no es definitiva. Diversas circunstancias pueden determinar la separación de procesos conexos o de imputaciones o delitos conexos. Esta nota de flexibilidad, que a su vez explica el carácter facultativo de la acumulación, está recogida en el artículo 51 CPP. La discreción del juez, sin embargo, está jurídicamente condicionada a que “existan elementos suficientes para conocer con independencia”; además, siempre debe buscar celeridad en el procedimiento y la prontitud en la decisión de la causa. No existe continencia de la causa en este supuesto, que es la razón que justifica la conexidad, pues la decisión que ha de proferirse en relación con un proceso o imputación no ha de producir efectos de cosa juzgada en alguna de ellas [QUINTERO/PRIETO] –es el caso de la conexidad estrictamente subjetiva en que la relación entre los distintos procesos la establece la intervención de un mismo y único imputado– en cuya situación procesal total no va a influir la sentencia del proceso avanzado, aun cuando fuere absolutoria [CREUS]. El juicio sobre la suficiencia de los elementos de convicción es, desde luego, concreto, caso por caso; se analizarán las fuentes de prueba y los medios de prueba existentes y, preferentemente, la posibilidad de que puedan obtenerse y actuarse sin merma de su eficacia y unidad de sentido.

La separación de procesos o de imputaciones conexas, empero, no importa enervar las consecuencias de la conexidad, puesto que en todas las causas tendrá que intervenir el mismo juez o tribunal a quien le hubiese correspondido actuar en los procesos acumulados [CREUS].

6. Inhibición y recusación

6.1. Definición y alcance

La inhibición y recusación, desde la perspectiva procedimental, dan lugar a una competencia por remisión como la denomina Carnelutti. Ello es así porque, en sustancia, implican derogación de las normas que regulan la competencia –no la composición o la investidura de la función jurisdiccional– [LEONE]. Se origina en motivos subjetivos del juez –el juez se halla incurso en ciertas circunstancias, referentes a su relación con las partes o con el objeto procesal, que hacen prever fundadamente un deterioro de su imparcialidad [ARMENTA]– y da lugar al desplazamiento de la competencia de una causa legalmente radicada en un juez determinado hacia otro juez. Esta es la razón, según se ha insistido, por la cual se aborda en el Título IV sobre cuestiones de competencia.

Enseña MONTERO que el desinterés objetivo se refiere a la Jurisdicción y es uno de los elementos que lo caracteriza frente a la Administración. Cuando se trata del juez como persona un principio determinante de su actuación es el de desinterés subjetivo o imparcialidad. Ésta es distinta de la imparcialidad, que establece que quien juzga no puede ser parte, propia de la noción de Jurisdicción (dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial que no es parte y que es el titular de la potestad jurisdiccional). La verdadera imparcialidad implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso; que su juicio está determinado por la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancias alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión. Es una característica que se refiere a cada proceso que se somete a su conocimiento, lo que explica por qué es una materia que se regula en las leyes procesales no en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por otro lado, distinto son la capacidad para adquirir la calidad de juez y la capacidad de ejercicio –ser admitido como juez y constituido regularmente en el proceso, entre las que se encuentran las causas de incompatibilidad enumeradas por la ley (todas ellas previstas en la Ley de la Carrera Judicial)–, cuyas actuaciones son nulas de pleno derecho. Las causas de abstención o inhibición y las causas de recusación son las mismas, están en función al *iudex suspectus*: causas precisas y una amplia, de temor de parcialidad. Unas causales se concentran en emociones del juez y por vínculos personales, laborales o litigiosos, por una mera cuestión de apariencias, y otra –la prevista en el artículo 53, apartado 1, literal ‘d’, del CPP– que pretende evitar el “sesgo de confirmación” [NIEVA]. Por último, si el juez no la afirma y la parte no la plantea, al operar *ope exceptionis*, no puede tomarse en consideración por el Tribunal Superior; su existencia no determina la nulidad de las actuaciones realizadas, solo desde que se plantearon y si vulnera las limitaciones previstas en los artículos 52 y 59 del CPP.

La inhibición es el derecho-deber que tiene el juez –aunque también los secretarios y quienes cumplen función de auxilio jurisdiccional– de dejar de conocer o de intervenir en un procedimiento cuando concurra alguna circunstancia que afecte a su imparcialidad, entendida como la ausencia del designio o prevención del juez de poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una de las partes o del interés del propio juez [MONTERO] –situaciones que podrían afectar su serenidad (*iudex suspectus*)–. La recusación, en cambio, es una facultad de las partes para interesar el apartamiento del conocimiento o intervención en un determinado proceso del juez de la causa –también de los secretarios y quienes cumplen función de auxilio jurisdiccional– en quienes concurra alguna circunstancia que afecte su imparcialidad [GARBERÍ]. Ambas instituciones

constituyen el instrumento procesal establecido para afirmar y hacer prevalecer la imparcialidad judicial –que afecta a la jurisdicción como función, que no como potestad que es propia de la independencia– y, con ello, integra la garantía genérica del debido proceso (artículo 139.3 Constitución), de un juicio justo (STEDH Delcourt, de 17-01-70). La inhibición y la recusación, por tanto, son técnicas de garantía de la imparcialidad judicial [PICÓ]; buscan preservar la legalidad de las decisiones judiciales y evitar que motivos extraños al derecho provenientes del proceso puedan llevar al juez a desviarse de la legalidad en la toma de sus decisiones [AGUILÓ].

La imparcialidad es la situación en que se encuentra el juez, fuera por completo, real y aparentalmente, 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 artículo 53.1 CPP, por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, ha predeterminado las causas de inhibición y recusación, bajo un listado único.

El contenido del derecho al juez imparcial ha sido definido, desde la doctrina del TEDH, seguida por la CIDH (SCIDH Herrera Ulloa, de 27-07-04), siempre apegada –por lo menos a partir de la STED Hauschildt, de 24-05-89– al caso concreto –examen de la intensidad o naturaleza de la intervención del juez, que implica desligarse de un criterio formal y optar por un criterio material o sustancial–, empieza con una idea-fuerza vital: las apariencias son importantes al momento de evaluar hasta qué punto un tribunal es o no imparcial (Sentencia Delcourt, de 17-01-70), en tanto que la imparcialidad es una garantía que se asienta en la necesaria confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática (Sentencia Piersack, de 26-10-84) –la Ejecutoria Suprema n.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 [PICO].

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 CPP

El sistema de recusación recogido por el artículo 53.1 CPP es el mixto. Consiste en la previsión legal, por un lado, de un elenco de motivos o circunstancias concretas y específicas que justifican la separación del juez en quien concurre; y al mismo tiempo el establecimiento de una cláusula abierta, de inspiración italiana, definida en términos abstractos, sin especificar la concreta circunstancia o motivo que justifica la separación del juez [GALÁN], que dice: “Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad” (literal e del artículo 53.1 CPP).

El régimen recusatorio nacional, a su vez, desde sus efectos, adopta, conforme al ACPP, un sistema de *iudex suspectus*, no de *iudex inhabilis*, denunciables bien de oficio (inhibición) o a instancia de parte (recusación). El artículo 53.1 CPP y las demás normas del Capítulo V no trazan una diferencia entre el sistema de *iudex suspectus* y el de *iudex inhabilis*. La norma antes referida precisa una serie de motivos que justifican la exclusión del cargo por ministerio de la ley (literales a al e), sin introducir diferenciación alguna entre ellos. Así, entonces, el régimen de separación judicial receptado —que no diferencia el trato procesal entre los literales a - d con el literal e, que es el modelo germano— determina que las causales señaladas en la norma impiden que el juez que se halle incurso en causa legal de exclusión pueda realizar válidamente acto alguno en el proceso —el carácter de *ius cogens* que informa el derecho al juez imparcial justifica su irrenunciabilidad (STEDH Castillo Algar, de 28-10-98)—, aunque desde luego la apreciación de las causales variará según su entidad, al punto que la causal última, del literal ‘e’, si no se alega y prueba por las partes en forma oportuna, no podrá ser instada como un motivo recursal específico de vulneración del juez imparcial.

La protección de la debida imparcialidad judicial se atribuye al propio juez, así como también a los justiciables. La apreciación de la mayor o menor confianza que un juez concreto merezca a una parte es algo que solo a ella le corresponde determinar: así, si estima que un juez carece de la suficiente objetividad de juicio, puede denunciarlo mediante la recusación; y si no lo hace, es que, de manera implícita, confía en la imparcialidad del juez, por lo que, posteriormente, no podrá hacer valer la posible falta de dicha imparcialidad —salvo que aparezcan hechos nuevos o desconocidos que justificarían otra recusación— [PICÓ].

Como quiera que el CPP optó por la tipicidad de las hipótesis de inhibición y recusación, que sin embargo incluye una causal abierta, la interpretación de las mismas ha de ser amplia y flexible con una clara primacía del método teleológico, en especial en esta última causal, de suerte que presidirá el entendimiento de esas normas la necesidad de afirmar la imparcialidad judicial como principio y garantía fundamental de la jurisdicción, y descubrir todas aquellas circunstancias que potencialmente puedan menoscabarla. Estas causales, a final de cuentas, se concentran psicológicamente en un control de las emociones del juez, de “afecto” y “odio”, por lo que en clave de apariencias se establecen motivos radicados en vínculos personales, laborales o litigiosos [NIEVA].

6.3. Causas o motivos de inhibición y recusación

El artículo 53.1 CPP –y, por remisión, el artículo 54.1 CPP– regulan las causas de inhibición y recusación. Las cuatro primeras son específicas, y la última, que refleja el “temor de parcialidad”, es genérica o abierta. Así se tiene:

A. Interés, directo o indirecto, en el proceso. Ha de ser del propio juez o de su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. El impedimento subsiste respecto del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriva; subsistirá incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos del matrimonio. El fundamento de esta causa es evidente, pues resulta indudable que los vínculos conyugales, equivalentes o de parentesco impiden al juez actuar con absoluta equidistancia entre las partes [GARBERI]. El interés directo surge cuando el juez y demás personas vinculadas están legitimados para ser, o haber sido, parte originaria en la causa en la que debe intervenir; el interés indirecto ha de fundarse en hechos extraprocesales –no puede deducirse de las actuaciones jurisdiccionales–, actual –contemporáneo al momento de plantearse la inhibición o recusación– y personal –no de carácter general, abstracto o colectivo– [PICÓ].

Este interés supone la posibilidad de que del proceso puede derivarse un beneficio –o, con más, amplitud, daño o provecho– al juez o a algún pariente –como consecuencia de su carácter de parte lesionada, de denunciante, querellante o actor civil–, el mismo que puede ser económico o moral y debe referirse al proceso actual y no a otro [LEONE]. Será directo cuando el juez o sus parientes son titulares de una relación dependiente de la relación deducida en el proceso, e indirecto cuando la decisión puede provocar efectos en la esfera patrimonial o espiritual del juez o de sus parientes.

B. Amistad notoria, enemistad manifiesta o vínculo de compadrazgo. Estas relaciones o vínculos, dimanantes de las relaciones personales y privadas del juez –fundada en relaciones extraprocesales–, han de ser con el imputado, la víctima o sus representantes, y deben ser especialmente intensas, no superficiales. En los dos primeros supuestos, se entiende que se trata de relaciones entre dos o más personas; no puede haber amistad –que importa lazos de gran confianza y afecto surgidos de una relación estable y continua– como tampoco enemistad –sentimiento de aversión u odio, que supone una antipatía hacia otra persona– de carácter unilateral –así, los sentimientos

hostiles del imputado y demás interesados no permite presumir si más que el juez les retribuya esos mismos sentimientos [MANZINI]—. La amistad o enemistad han de haber sido expuestas a través de actos directos y externos en forma pública, pero no solo por su publicidad, sino particularmente por la existencia de hechos o antecedentes que la causan —prima, pues, el criterio de la suficiencia: exteriorización del sentimiento, que debe ser de cierta entidad, por un lado, y constatación efectiva o acreditación del mismo—. Por todo ello, ambos supuestos deben ser susceptibles de verificación.

- C.** Relaciones económicas, a título de acreedores o deudores, con las partes. Se trata de un específico interés económico, de carácter patrimonial —relaciones de crédito—. De estas circunstancias, sin duda, se puede inferir un interés del juez en su resultado, bien en la victoria de su deudor a fin de perder garantías en el pago de su deuda, o bien en la victoria de su acreedor, con la esperanza de que este pudiera hacer su deuda más favorable [GALÁN].
- D.** Intervención en la causa como juez o fiscal, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima. Montero califica esta causal, propiamente, como incompatibilidad de funciones procesales, que está signada por su dependencia del proceso —las circunstancias ajenas al proceso son causas que hacen a la imparcialidad—, referidas a aquellas actividades realizadas por el juez **(i)** en el proceso en su condición de juez o **(ii)** en una condición distinta de la de juez: fiscal, testigo o perito.

La aplicación de esta causa no suscita problema alguno en los supuestos en los que efectivamente se han confundido en una misma persona las funciones de investigador y de sentenciador —unipersonal o colegiado—. Las dificultades se originan cuando se trata de determinar si la participación en una determinada diligencia constituye o no actividad instructora, y también en los supuestos en que se pretende extender esta causal a los Tribunales a los que la ley les encomienda funciones diferentes de la investigación, pero relacionadas con ella, por ejemplo, la resolución de recursos interpuestos frente a decisiones del juez, bien sobre la práctica de diligencias, bien sobre el procedimiento o bien sobre la libertad de los imputados [GARBERI].

En su apreciación rige la denominada teoría de la valoración. Solo tienen entidad para comprometer la imparcialidad o la función procesal del juez o generar prevención en el juez que las adopta aquellas actuaciones en las

que interviene cuyo presupuesto material consiste en la constatación de indicios racionales de criminalidad –se trata de los denominados actos de imputación–; no toda actuación procesal elevada a cabo en el proceso compromete *per se* la imparcialidad judicial, solo aquella que por su entidad puede provocar perjuicios en el ánimo del juez (STSE, de 28-11-97). Sin embargo, la propia jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, introduce varias matizaciones según se trata de una medida cautelar *ex novo* como en vía de impugnación –afirmado claramente por la STSE de 08-02-93, en la medida en que en alzada no se entra en contacto directo con el imputado ni con las pruebas, no son actos de instrucción (STSE de 03-11-95–, así como de un auto de procesamiento o de enjuiciamiento, bajo el criterio que debe apreciarse la extensión y naturaleza de las medidas adoptadas por el juez (STEDH Fey, de 24-02-93). Lo cuestionable será siempre la realización de aquellas actividades que impliquen averiguación, calificación o juicio sobre los hechos o constituyan una investigación directa de los mismos (STSE n.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 (artículo 53.2 CPP) o de la recusación (artículo 54 CPP). En ambos casos se origina un procedimiento incidental.

6.4.1. Inhibición

El propio juez insta su separación de la causa. A este efecto, lo hace por escrito con indicación expresa de la causal invocada –el juez está obligado a declararla, aunque no sea conocida–. Debe expresar los motivos que respaldan su decisión de apartarse del conocimiento de la causa, el pedido adopta la forma escrita.

En orden a la competencia funcional, la petición se presenta ante la Sala Penal Superior en el caso de jueces de la investigación preparatoria y jueces penales. Si se trata de un juez que integra la Sala de Apelación o la de Casación, aplicando

la regla de la recusación, se planteará ante el mismo órgano colegiado, que se integrará por el llamado por ley (concordancia del artículo 57.1 CPP con los artículos 145-147 LOPJ). Cuando se trata de la inhabilitación de todos los integrantes del órgano colegiado conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por ley (artículo 57.2 CPP). De ese pedido, antes de la elevación al Tribunal competente, se debe poner la causa en conocimiento de las partes.

El juez que insta su separación debe formar el cuaderno respectivo insertando las copias certificadas pertinentes. El tribunal que decide lo hará inmediatamente, previo traslado a las partes por el plazo común de tres días. No se requiere audiencia ni informe oral de los defensores. Empero, en este último caso, o cuando las partes pidan informar sobre hechos, discrecionalmente, por la importancia del grado, mediante decisión inapelable, podrá concederse o denegarse el pedido de palabra (artículo 132 *in fine* LOPJ). La decisión del tribunal sobre la recusación es inimpugnable.

El artículo 55.2 CPP prescribe que, si las partes no están conformes con la 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 recusación es el acto procesal de parte en virtud del cual se insta la separación del juez que conoce de un determinado proceso por concurrir en él una causa que pone en duda su necesaria imparcialidad. El temor a la ausencia de objetividad del juez es lo que justifica la recusación. Ésta surge de la garantía que tiene todo litigante a un debido proceso, y su finalidad es provocar la sustitución

del juez que conoce de la *res in iudicio deducta* por entender que no podrá actuar con la debida objetividad [PICÓ I JUNOY].

La recusación puede ser instada por las partes –todas ellas– cuando el juez no se inhibe. Los requisitos del instamiento o declaración de recusación consisten en que, bajo sanción de inadmisibilidad –sanción procesal que impide el ingreso al proceso de un acto que cumplimenta los requisitos del tipo procesal correspondiente [CREUS]–, debe (i) plantearse por escrito; (ii) precisarse motivadamente las causales que se invocan –indicación expresa de los fundamentos de hecho y de derecho, sin que sea suficiente la referencia genérica y abstracta de una de las causas que se halla tasadas en la ley–, si son varias han de plantearse al mismo tiempo (artículo 54.4 CPP), y estas solo pueden ser las previstas en el artículo 53.1 CPP –correspondencia entre la previsión legal y los hechos invocados por el recusante–; y (iii) adjuntarse –si los tuviere– los elementos de convicción pertinentes –traduce la exigencia de principio de prueba y persigue mayor rigor y seriedad en la interposición de la recusación–.

La ley fija un plazo legal para interponer la recusación, a cuyo vencimiento el pedido en referencia será declarado 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 artículo 54.2 CPP precisa que el plazo es de tres días de conocida la causal que se invoca. En términos negativos el párrafo final del citado artículo 54.2 CPP –es una norma de delimitación general– estipula que no se aceptará luego del tercer día hábil anterior al fijado para la audiencia, sea cual fuere la fecha de conocimiento de la causal. Solo el juez en este caso puede inhibirse, de oficio o ante la noticia de las partes –se entiende que, si se inhibe, procede recurso de apelación en aplicación del artículo 55.2 CPP–. Si se trata de los jueces de apelación o casación, la solicitud recursal será presentada dentro del tercer día hábil del ingreso de la causa a la instancia, para lo cual las partes deben tomar previo conocimiento de la elevación de las actuaciones. La competencia funcional en este último caso está prevista en el artículo 57 CPP.

El procedimiento incidental consta de tres fases:

- A. Leone denomina la primera fase del procedimiento de recusación como juicio superficial, que se dedica al examen de la admisibilidad de la demanda: observación de las formas insubsanables y de los plazos prescritos en la Ley –oportunidad procesal–. El juez recusado examina la admisibilidad del pedido y dicta la decisión de inadmisibilidad, si fuera el caso –supuesto

de inadmisión *a limine litis*–, que se producirá siempre y cuando de forma evidente o manifiesta falte algún requisito de los ya puntualizados –su interpretación ha de ser restrictiva y su utilización excepcional–. El auto que emite, con las copias respectivas del incidente, se elevan al Tribunal Superior para su decisión final.

- B.** La fase de trámite se inicia solo si la recusación es considerada admisible por el juez recusado. Este, de ser así, tiene dos alternativas: **(i)** aceptar la recusación o **(ii)** rechazarla de plano. En ambos casos expedirá una resolución fundada, pues se trata de un auto –es el caso del juez unipersonal, pues si se trata de un juez que integra un órgano colegiado, emitirá un informe y el tribunal decidirá–. Si la acepta, las partes que no están conformes podrán interponer recurso de apelación, para que el Tribunal Superior inmediato decida dentro del tercer día, cuya decisión es inimpugnable (artículo 55.2 CPP). Si la rechaza, formará incidente y elevará las copias pertinentes en el plazo de un día hábil a la Sala Penal competente. La Ley no prevé que el trámite ante esta Sala incluya un momento instructorio, de actuación de pruebas sobre los motivos de la recusación, solo reconoce la prueba documental y documentada, aunque de cara al derecho a la tutela jurisdiccional es posible, aunque restrictivamente, como es unánime en el derecho comparado, la actuación de prueba testimonial o de otra índole, siempre que sea pertinente y estrictamente necesaria.

6.5. Efectos de la recusación de la inhibición y recusación

El trámite de la inhibición y la recusación, por imperio del artículo 20 CPP, no suspende el procedimiento, salvo el caso del juicio oral, en que se suspende la audiencia hasta la decisión del conflicto (artículo 20 CPP); con ello se pretende evitar un uso torticero de esta institución, que afectaría el normal desarrollo del proceso principal. El principio general es que, una vez decidida la separación del juez que se inhibe o que es recusado, ya no podrá realizar acto alguno en el proceso; los que lleve a cabo serán nulos [CREUS].

Por otro lado, el artículo 59 CPP prevé un segundo efecto, que en todo caso limita la regla general de no suspensión de la causa (artículo 20 CPP): solo podrá realizar todas aquellas diligencias previstas en el artículo 52 CPP: de carácter urgente e irrealizable ulteriormente o que no permitan ninguna prórroga. Esta última norma expresamente le autoriza a dictar dos tipos de resoluciones, vinculadas a la privación de libertad del imputado o, en su caso, a su excarcelación.

6.6. Extensión de la inhibición y recusación

El artículo 58 CPP prevé la extensión de las reglas de inhibición y recusación a los secretarios y a quienes cumplen una función de auxilio judicial en el procedimiento (se incluye al relator –artículo 261 LOPJ–, a los oficiales auxiliares de justicia –que asisten en sus funciones a los relatores y secretarios, artículo 271 LOPJ–, y a los martilleros, entre otros –artículo 281 LOPJ–; los peritos están sujetos a tacha –artículo 175.2 CPP– y la Policía Judicial, por su propia función, no es recusable). La decisión corresponde al órgano judicial ante el cual actúan. Serán reemplazados mientras se tramita el incidente. La decisión no es impugnabile (concordancia del artículo 55.2 última frase CPP).

Los fiscales no son recusables, pero están obligados a apartarse de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición previstas en el artículo 53 CPP. Si no lo hace, el fiscal superior jerárquico, previa las indagaciones que correspondan, puede excluirlo de la causa y reemplazarlo (artículos 61.4 y 62.1 *in fine* CPP y 19 LOMP). Lo reemplazará el fiscal adjunto (artículo 23 LOMP).

PARTE TERCERA

LAS PARTES PROCESALES

LECCIÓN SEXTA

LAS PARTES PROCESALES: TEORÍA GENERAL

I. CONCEPTO

1. Alcances

La existencia de partes es de la esencia de todo proceso jurisdiccional –es consustancial a él–. El principio de contradicción y la idea de bilateralidad, como su presupuesto, hacen imposible concebir un proceso sin la noción de partes, a las que se le reconocen derechos autónomos en el procedimiento. La doctrina procesalista mayoritaria tiene muy en claro que el proceso penal no puede concebirse sin la noción de partes –solo cuando el proceso se configura como un *actus trium personarum*: proceso de partes iguales ante un tercero imparcial, se está ante un verdadero proceso [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]–. Este consenso es más sólido en los procesos penales acusatorios, como el nuestro.

Ahora bien, si se asume la clásica división, procedente del derecho procesal civil, entre parte en sentido material y parte en sentido formal, la noción de parte material es insatisfactoria porque en el proceso penal no existe una relación jurídica material integrada por los sujetos –activos y pasivos– que han participado en la infracción penal, de modo tal que estos (imputados y ofendidos) inevitablemente se convertirían en partes en el proceso. No puede decirse, asumiendo este punto de partida de carácter material, qué partes serían aquellos sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquellos frente a los cuales se solicita dicha tutela, por la peculiar naturaleza del *ius puniendi*, pues tal concepción estaría relacionada con una noción de tutela enraizada en el vínculo material como consecuencia del hecho punible, fundamento de la pretensión punitiva.

La concepción material de parte, con absoluta seguridad, no es de recibo tratándose del ofendido, a quien el derecho procesal penal no le reconoce derechos sobre el objeto penal del proceso, a la vez que impone la presencia del Ministerio Público –que interviene por imperio constitucional y legal, incluso otorgándosele una preeminencia en la etapa de investigación preparatoria que relativiza la garantía

de igualdad de armas, por lo menos en esta etapa procesal—, al que incluso no le permite una disposición absoluta sobre el objeto procesal, pues no tiene derechos subjetivos sobre la sanción penal. Desde tal perspectiva solo tendría la consideración de parte material el imputado, como parte pasiva del proceso, con plenos derechos subjetivos a la libertad [MONTERO] que puede verse afectado por una medida de coerción o la sentencia condenatoria. Tal limitación —inevitable del concepto material de parte al configurar únicamente como tal al imputado—, empero, no permitiría fundar la lógica del proceso penal, basado en los principios acusatorio y de contradicción [MUERZA].

Todo intento de hacer gravitar el concepto de parte sobre la idea de pertenencia del derecho material ejercitado llevará inexorablemente a negar la existencia de tal concepto en este proceso [ASENCIO].

2. Concepto

Así las cosas, solo puede regir en el proceso penal la noción procesal de parte, desligado de la idea de titularidad del derecho. Parte es, entonces, quien actúa en el proceso penal, y ejercita la acción penal y deduce la pretensión procesal, y quien se opone a ella [GIMENO]. Las partes solicitan al órgano jurisdiccional una resolución jurisdiccional determinada y aportan alegaciones, pruebas y el material fáctico, asimismo participan de la contradicción, todo con independencia de la relación que el sujeto tenga con el fondo del proceso [ARMENTA]. Es claro, entonces, que la condición de parte está signada por la posición que se ocupa en el proceso penal, y no por los intereses que en él se deduzcan. Esta noción, que no parece aceptar el CPP, incluso tiene lugar durante la investigación preparatoria formalizada, pues, más allá de sus inevitables rasgos inquisitivos, no desconoce la efectividad de los principios de contradicción e 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].

Si se quiere seguir sosteniendo la concepción de noción material de parte, ligada a la teoría concreta de la acción, que es una noción cada vez más discutida al asociársela con la “legitimación”, propia del Derecho privado y se refiere al fondo del asunto, que apunta a la necesidad de que se tenga algún tipo de relación con la relación jurídica sustantiva objeto del proceso, con la cuestión de fondo [NIEVA], podría aplicársele cuando se dilucida el objeto civil: restitución del bien, reparación e indemnización (artículo 93 CP) como consecuencia de los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo [MORENO], que el CPP acumula obligatoriamente al penal, salvo renuncia expresa de la víctima o su interposición en un proceso

civil autónomo (artículos 11 y 12 CPP), y que el CP exige su determinación conjuntamente con la pena (artículo 92 CP).

A partir de lo expuesto es evidente, desde la estructura dual del proceso, que toda parte ha de ser parcial –rasgo del que deriva su nombre–: sostiene un interés incompatible con el de su contrario. Si bien el Ministerio Público indaga los hechos que determinan y acreditan la responsabilidad o inocencia del imputado (artículo IV.2 TP CPP) o las circunstancias que permiten comprobar la imputación y las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado (artículo 61.2 CPP), ello no lo convierte en parte imparcial sino más bien en parte parcial ambivalente –la toma en consideración de circunstancias favorables para el imputado solo es relevante para la concreción de su propia pretensión procesal–, en la medida en que puede sostener una condena como una absolución en el ejercicio de la acción penal: si así sucediere, siempre que hubiera proceso, el fiscal tendría la posición de parte acusadora porque, si decidiera no sostener la acusación, habría que poner necesariamente fin al proceso y lo que perdería es su condición de parte [BANACLOCHE].

II. REGULACIÓN

1. Descripción normativa

La Sección IV “El Ministerio Público y los demás sujetos procesales”, que integra el Libro Primero “Disposiciones Generales” del CPP, regula la institución de las partes procesales. Consta de un total de cincuenta y cuatro artículos: 60-113. La referida Sección se divide en cinco títulos:

- A. El Título I, dedicado al Ministerio Público y a la Policía Nacional (once artículos: 60-70). Se subdivide en dos capítulos, que abordan cada institución. El Capítulo I “El Ministerio Público” consta de siete artículos: 60-66. El Capítulo II “La Policía” consta de cuatro artículos: 67-70.
- B. El Título III, dedicado a las personas jurídicas. Consta de cuatro artículos: 90-93.
- C. El Título IV, dedicado a la víctima (diecisiete artículos: 94-110). Se subdivide en tres capítulos. El Capítulo I “El agraviado” consta de cuatro artículos: 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.
- D. El Título V, dedicado al tercero civil (tres artículos: 111-113).

2. Denominación utilizada

Desde luego, no es decisivo que la Ley procesal utilice el vocablo parte para entender como tales a quienes actúan en él en función a la pretensión que deducen [MONTERO]. El CPP en el Libro Primero prefirió utilizar la expresión sujetos procesales para referirse al Ministerio Público, al imputado, al actor civil, al querellante particular, etc.; pese a que este concepto también incluiría al juez, que tiene un rol decisivo en el proceso penal –regulado en la Sección Tercera–. Sin la presencia de todos ellos –partes y juez– sería imposible desarrollar el proceso.

Así las cosas, son sujetos procesales las personas públicas y privadas que intervienen necesaria o eventualmente en su carácter de titulares del ejercicio de los poderes de jurisdicción, acción y defensa, puestos en acto ante la presencia de concreto objeto procesal penal [CLARIÁ]. Juez –que conoce y juzga–, acusador y acusado –que tienen la facultad de pedir, ya imposición de pena, ya absolución, formular los cargos y los descargos, ofrecer y producir prueba de sus afirmaciones, todo en persecución de sus respectivas expectativas, hacia la sentencia final– cumplen un papel primordial y esencial en el proceso penal. Sin ellos no hay proceso penal [MORAS].

La función predominante del juez es de equilibrio; la del fiscal es de cargo y, eventualmente, para el querellante particular y el actor civil; la del imputado y su defensor, así como para el responsable civil y la persona jurídica, es de descargo [SCHLÜCHTER].

Como quiera que la pretensión, como tal, no se plantearía y consolidaría luego de la etapa intermedia, pareciera que el CPP utiliza la expresión “sujetos procesales” al regular la etapa de investigación preparatoria (artículo 338.1 CPP), aun cuando también hace referencia al término intervinientes, que es un vocablo más amplio (artículo 337.4 CPP) y a la voz participantes (artículo 357.1a CPP), utilizada por la Ordenanza Procesal Penal Alemana, que comprende, además del juez y de las partes, a los órganos de prueba: testigos, peritos y terceros –productores de informes, aportadores de documentos, entre otros–, que cumplen un papel en el desarrollo del proceso [SCHMIDT]. Una sola vez utiliza el vocablo partes, cuando regula la denominada acción de tutela (artículo 71.4 CPP). En la etapa intermedia reitera la denominación de sujetos procesales (artículos 345.1, 350.1, 351.1, 354.1 y 355.5 CPP), aunque en una oportunidad utiliza la locución partes al fijar el contenido del auto de enjuiciamiento (artículo 353.2.d CPP). En la etapa de enjuiciamiento cambia de perspectiva y utiliza uniformemente la

denominación partes (artículos 359.1, 361.1, 363.1, 364.1, 373.1, 375.2, 377.1, 378, 381.2 y 3, 385 CPP). En la etapa de impugnación utiliza el vocablo sujetos procesales en los preceptos generales (Sección I del Libro Cuarto) y la expresión partes para el recurso de apelación de sentencias y recursos de casación y queja (Sección IV, Título III, y Secciones V y VI).

La expresión sujetos procesales también se utiliza en el trámite de las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (artículo 203.2 CPP), en los actos de prueba anticipada (artículos 243.3, 244.1 y 245.2 CPP) y en las medidas de coerción (artículo 258 CPP), así como en las audiencias preliminares en sede de investigación preparatoria (artículo 8.2 CPP). También se emplea el vocablo sujetos procesales en el proceso inmediato (artículo 448.1 CPP), no así en los procesos de seguridad y por delito de ejercicio privado de la acción penal (artículo 458.1 y 462.3 CPP) en los que opta por la expresión partes, aunque en el proceso de terminación anticipada se utilice indistintamente ambos vocablos (artículo 468. 3 y 4 CPP).

III. CLASIFICACIÓN

1. Criterios de clasificación

La doctrina procesalista clasifica a las partes atendiendo tres criterios: (i) según la posición que ocupan en el proceso; (ii) según la necesidad de su intervención; y (iii) según el carácter de su intervención.

2. Partes y posición procesal

Desde los principios de dualidad, contradicción e igualdad en el proceso penal se necesita contar, como mínimo, con dos partes, una parte acusadora y una parte acusada, que ocupan funciones distintas e implicantes –es lo que se denomina estructura dual del proceso–, a quienes debe reconocérseles potestades de conocimiento y de actuación en pie de igualdad, sin privilegios irrazonables.

En tanto se reconoce como imprescindible dos posiciones procesales –es una exigencia básica para que el proceso exista como tal–, cada una de las cuales incluso puede estar integrada por más de un sujeto, se tienen partes activas y partes pasivas. Las primeras –partes activas o acusadoras– son aquellas que piden al juez la incoación del proceso y, en su momento, requieren la imposición de la sanción penal y de la reparación civil. Las segundas –partes pasivas o acusadas– son aquellas contra las que se dirige la acción y la pretensión procesal –soportan la

actuación procesal—, en cuya virtud se les pide una condena a una sanción penal y a una reparación civil —se oponen, por consiguiente, a la condena solicitada contra ellas—.

2.1. Las partes penales

Como partes penales —en función a la acción y a la pretensión penal—, el CPP en los delitos públicos solo admite la condición de parte acusadora al Ministerio Público (artículos IV del TP y 60 CPP) —tiene el monopolio de la persecución del delito: lo investiga y acusa ante el órgano jurisdiccional—, mientras que en los delitos privados solo acepta como parte acusadora al ofendido constituido en querellante particular (artículos 1.2 y 107 CPP). En este último supuesto pueden ser varios los querellantes particulares como consecuencia de que el hecho delictivo puede afectar bienes jurídicos de varios sujetos, de suerte que se constituirá un litis consorcio cuasinecesario, en la medida en que la ley no les obliga a una actuación conjunta. Desde la perspectiva de los acusados, el concurso en la comisión de un delito o la presencia de delitos conexos no configura litis consorcio pasivo alguno, sino una acumulación puesto que la sentencia deberá contener tantos pronunciamientos como acusados existan [MONTERO]: a cada sujeto se le imputa un delito distinto, aunque lo hayan cometido simultáneamente. El litis consorcio no puede ser necesario, en el sentido de que no pueda desarrollarse la investigación o celebrarse el juicio si no está presente alguno de los coimputados: el hecho de que falte uno de ellos no puede impedir que el proceso continúe para los restantes [BANACLOCHE].

Desde la perspectiva de las partes acusadas se reconoce, siempre, al imputado. Pueden existir uno o varios imputados, cuya denominación puede variar en el curso del proceso: implicado, procesado o inculcado, acusado y condenado. El imputado es el titular de la garantía de defensa procesal y sus derechos—presupuesto y derechos instrumentales (artículos I.2, II y IX del TP, y artículo 71 CPP), - y contra él se ejercen la acción y la pretensión penal. Sin él no puede existir o continuar el proceso penal.

El CPP también reconoce como parte pasiva a las personas jurídicas (artículo 90 CPP), cuya presencia procesal solo será posible cuando “el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo” (artículo 105 CP), las cuales pueden ser pasibles, si se cumplen esos presupuestos, de diversas medidas penales que pueden llegar hasta su disolución. Como tales son, asimismo, titulares

del derecho de defensa y, en lo pertinente, tienen los mismos derechos y garantías que se reconoce al imputado (artículo 93.1 CPP).

2.2. Las partes civiles

Como partes civiles se identifican a todos aquellos sujetos que pueden sufrir los efectos materiales del fallo civil de la Sentencia penal [GIMENO]. La acumulación de la acción civil a la penal es, en principio, obligatoria, salvo que la víctima renuncie a la reparación civil o se decida a incoar en sede civil, independiente, la pretensión indemnizatoria (artículos 13 y 12.1 CPP).

La parte activa o acusadora es, en principio, el perjudicado por las consecuencias del delito, quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito (artículos 1.1 y 98 CPP). Solo él se puede constituir en actor civil, en tanto cumpla los presupuestos procesales civiles de la capacidad para ser parte, de actuación procesal y de legitimación activa (artículos 98 y 100 CPP). Cabe puntualizar que la víctima no es parte, mientras no se persone en la causa aprovechando las opciones que le ofrece el CPP [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. Una excepción se encuentra en el artículo 94.4 CPP que contempla la institución del actor social, que son las asociaciones en delitos colectivos o que afectan intereses colectivos o en los crímenes internacionales, que pueden ejercer los derechos y las facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que su objeto social se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito. La intervención de la víctima, desde el objeto penal, en tanto ostenta un interés legítimo en instar la condena del culpable, pues es la base de la estimación de su pretensión, ostenta la posición de coadyuvante [GIMENO]. El Ministerio Público, por su parte, tiene una función de sustituto procesal respecto del objeto civil, pues está obligado a instar la reparación civil, a menos que el perjudicado se constituya en actor civil o renuncie a ella (artículo 11.1 CPP).

La parte pasiva o acusada es el responsable civil. Este puede ser el imputado, como participante en la comisión del hecho punible, y el tercero civilmente obligado, a quien por imperativo de la ley y de la autonomía de la voluntad de las partes la responsabilidad civil se traspase, que será el caso de la responsabilidad *in vigilando* o *in 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 (artículos 95 y 104 CP, y 111.1 y 113.3 CPP).

3. Partes y necesidad de su intervención

En el proceso penal existen partes necesarias o imperativas y partes facultativas o contingentes. Las partes necesarias o imperativas son aquellas sin las cuales no puede configurarse un proceso penal, deben existir de forma obligada para que el proceso penal esté bien constituido. Las partes necesarias o imperativas son el Ministerio Público en los delitos públicos y el querellante particular en los delitos privados –activas–, y el imputado –como parte penal y civil– conjuntamente con su abogado defensor –pasivas–.

Las partes facultativas o contingentes son aquellas que pueden intervenir en el proceso, pero cuya intervención no es indispensable para que este se desarrolle normalmente [TOMÉ]. Serán, como partes civiles activas, el actor civil y el actor social; y como partes civiles pasivas, el tercero civil –se incluye al asegurador y a la persona jurídica–. Como parte penal pasiva puede estar la persona jurídica (artículo 105 CP).

4. Partes y carácter de su intervención

Las partes, atendiendo al carácter con el que actúan, pueden ser oficiales o públicas y particulares o privadas. Serán unas u otras en función a la naturaleza de la intervención que les respecta: en interés del Estado o de un interés particular [LORCA].

Así las cosas, solo será parte pública el Ministerio Público (artículo 159. 1 y 3 de la Constitución) pues defiende intereses públicos, del colectivo social, legalmente relevantes. El procurador público del Estado (artículo 47 de la Constitución), empero, defiende intereses privados, de contenido patrimonial, del Estado, por lo que solo puede intervenir como actor civil o como defensor del Estado como tercero civil.

Serán partes privadas todas aquellas que comparecen en el proceso para defender intereses privados. En esta categoría están comprendidas todas las demás partes, siendo de significar que en el caso del imputado y su defensor, como está de por medio el derecho a la libertad y de defensa, que son derechos fundamentales, el interés en juego rebasa su interés privado y se proyecta a la colectividad.

El Decreto Legislativo 1326, de 6-1-2017, reestructuró el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y creó la Procuraduría General del Estado. Como tal, instituyó la normatividad estatutaria de los Procuradores Públicos del Estado, encargados de la defensa jurídica del Estado, concebida como

una actividad de orden técnico legal, en atención a sus disposiciones internas, con la finalidad de aplicarlas en ejercicio de sus funciones acorde con el ordenamiento jurídico vigente (artículo 5 del Decreto Legislativo). Su Reglamento se aprobó por Decreto Supremo 018-2019-JUS, de 23 de noviembre de 2019.

Sin perjuicio de una acabada estructura administrativa, dirigida por la Procuraduría General del Estado, es de resaltar, a los efectos de Derecho procesal penal, y más allá de lo que el Código Procesal Penal le reconoce como agraviado o actor civil:

1. Que, desde una perspectiva interna, existen tres tipos de Procuradurías: **(i)** las nacionales (respecto de entidades que forman parte del Gobierno Nacional: Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos), las regionales y las municipales; **(ii)** las especializadas (defensa jurídica transversal y exclusiva de los interés del Estado a nivel nacional o internacional, en lo que respecta a la comisión de ilícitos de alta lesividad o materias que requieren una atención especial y prioritaria), y son ocho Procuradurías –aunque el Reglamento independizó la de extinción de dominio, y agregó la de arbitraje: artículos 52 y 50–, siendo las relevantes en sede penal: las especializadas en tráfico ilícito de drogas, terrorismo, lavado de activos, contra el orden público, de corrupción, y ambientales; y, **(iii)** las Ad Hoc –son temporales y asumen la defensa jurídica del Estado en casos especiales y relevantes– (artículo 25 del Decreto Legislativo).
2. Que tienen amplias potestades para garantizar el pago de la reparación civil, lograr acuerdos y transacciones en este punto, así como definir cuándo han de intervenir en los procesos, según análisis de costo beneficio –esto último resalta el rol vinculado al interés patrimonial del Estado tratándose de delitos en su agravio: impulsa y participa en las acciones destinadas a la obtención del pago de la reparación civil, de ser el caso, propicia su ejecución forzada (artículo 40.7 Reglamento), y, antes, solicita las medidas de coerción reales correspondientes–. Las Procuradurías Especializadas intervienen en los procedimientos de indagaciones preliminares o policiales, investigaciones preparatorias y en el proceso propiamente jurisdiccional (artículo 41 Reglamento), aunque se menciona que puede instarse las pena de multa y de inhabilitación, lo que desde luego no puede corresponderle –no es un tema de derecho administrativo propio de un procedimiento administrativo, sino una pena impuesta en el proceso penal–.

3. Que les corresponde prestar declaración como agraviado en representación del Estado –que puede delegar en sus subordinados–, ofrecer medios de prueba e interponer recursos.

El D. Leg. n.º 1068, de 28-07-08, y su Reglamento (D. S. n.º 017-2008-JUS, de 05-12-08), instituye la normatividad estatutaria de los procuradores públicos del Estado, encargados de la defensa jurídica del Estado con el fin de cautelar los intereses del mismo (artículo 22; del citado decreto legislativo). El procurador público representa al Estado; impulsa las acciones destinadas a la consecución de la reparación civil y su ejecución; participa en los procesos de colaboración eficaz; ofrece medios de prueba y de investigación; y, presta declaración preventiva (artículo 37, del citado Reglamento).

El procurador público, a su vez, está autorizado a delegar sus facultades a los abogados de la institución a través de escrito simple y, excepcionalmente, se puede delegar a los abogados de otra entidad del Poder Ejecutivo (artículo 37, inc. 5, del acotado Reglamento).

Los procuradores públicos especializados: **1)** en los delitos de tráfico ilícito de drogas, **2)** en delitos contra el orden público, **3)** en delitos de terrorismo, **4)** en delitos de lavados de activos y procesos de pérdida de dominio y **5)** en delitos de conclusión (artículos 40-49; del antes mencionado Reglamento) tienen, además, las siguientes atribuciones: **i)** participar en las investigaciones preliminares y Preparatorios realizados por el Ministerio Público y la Policía Nacional, en cuya virtud están autorizadas a ofrecer medios de prueba y de investigación, así como participar en su ejecución; **ii)** interponer “queja” contra la Disposición Fiscal que deniega formalizar la investigación –inculpación formal– (es del caso tener presente, conforme al artículo 334, apdo. 5, del CPP), que la “queja” es, en pureza, una instancia formal de elevación de la causa del fiscal superior en grado), **iii)** interponer los remedios y recursos impugnatorios que la Ley Procesal establece (nulidad de actuaciones, recurso de casación, recurso de apelación, etc.); y, **iv)** solicitar medidas de coerción y medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –si bien la Ley preceptúa que lo hará respecto del universo de medidas que existan, es de tener presente que ellas solo procederán respecto al objeto civil y a su debido esclarecimiento y aseguramiento, pues ese es el ámbito que el CPP fija al actor civil– (artículo 41 del Reglamento).

El artículo 41.4 del Reglamento preceptúa que el procurador público intervendrá en los incidentes referidos a la excarcelación del imputado. Tal atribución, sin embargo, no es posible. Primero, porque el CPP no reconoce la

intervención del actor civil en el objeto penal. Segundo, en lo específico, dado que las normas específicas vinculadas a la detención y prisión preventiva no contemplan su participación (artículos 271, 274, 276, 278, 279, 283 y 284). Tercero, puesto que esa norma –el reglamento– no tiene el nivel normativo para imponerse al CPP.

LECCIÓN SÉPTIMA

LAS PARTES ACUSADORAS

I. EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Concepto y configuración institucional

1.1. Concepto

La génesis del Ministerio Público es la que llegó del siglo XIX, y está influenciada directamente por el Derecho francés, tal y como fue concebida por la Constitución de 8 de mayo de 1804 (arts. 108 y ss), así como, en lo penal, por el *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, fundamentalmente para garantizar la vigencia del principio acusatorio afianzando la dualidad de partes y, a la postre la imparcialidad judicial. En lo civil, su rol inicial configurado por el artículo 83 del *Code de Procédure Civile* francés, en cuya virtud participa en los procesos que afectan al orden público, al dominio público y a personas desfavorecidas, así como en cuestiones de competencia, recusaciones y demás quejas contra jueces [NIEVA].

Ahora bien el Ministerio Público es considerado por el artículo 158 de la Constitución como un órgano autónomo de derecho constitucional –lo que significa un complejo orgánico propio y distinto, de naturaleza pública, que no depende de poder alguno o de otra institución estatal– y que, por imperio del artículo 159 de la citada Ley Fundamental, es el encargado de promover la acción de la justicia en defensa de legalidad y de los intereses tutelados por el derecho –provoca el ejercicio de la potestad jurisdiccional; es un órgano requirente por antonomasia–. Se puede decir, entonces, que el fiscal es un funcionario guardián de la legalidad, que únicamente ha de servir al derecho [ROXIN]; como tal, debe intervenir siempre que estén en juego normas de carácter imperativo o los derechos fundamentales de los ciudadanos [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. El juez penal no juzga por sí mismo, sino solo a iniciativa del Ministerio Público, cuya intervención es el presupuesto necesario de la actividad jurisdiccional. En tanto ha operado

“una expropiación del conflicto” [CHRISTIE], el Estado no solo asume el deber juzgar, sino que tampoco abandona la persecución de los delitos en manos de los particulares.

Desde el artículo 159.2 de la Constitución, en tanto que vela: “[...] por la recta administración de justicia” –no desarrollado por el CPP–, el Ministerio Público puede instituirse en una especie de supervisor externo de los órganos jurisdiccionales que, sin embargo, no puede ni debe influir lo más mínimo en su labor de fondo, pero sí que está obligado a instar la buena acción de la justicia, advirtiendo también los errores que puedan cometerse. Siendo ello así, el Ministerio Público se erige en una original, y muy probablemente útil, garantía de calidad de la actuación judicial, pero, y esto es muy importante, sin convertirse, en absoluto, en un mecanismo de control, puesto que ello rompería la independencia judicial [NIEVA].

En sede penal, compatible con lo primero y especificando su misión constitucional, le corresponde el ejercicio de la acción penal y la conducción desde su inicio de la investigación del delito (artículo 159.4 y 5 de la Constitución). La persecución de los delitos, considerada ajena al ejercicio de la potestad jurisdiccional, requiere de un órgano público, no subordinado a las víctimas y distinto de los jueces, cuya existencia y actividad es una pieza fundamental del proceso penal basado en el principio acusatorio, y garantía imparcialidad y presupuesto necesario para que pueda afirmarse la tutela del derecho penal (*ubi non est actio, non est iurisdictio*). Al Ministerio Público le corresponde contribuir, en la persecución penal, a la afirmación de la voluntad estatal, que orienta todos los poderes del Estado hacia la idea de la justicia material; participa en la defensa de la voluntad estatal para el correcto ejercicio del poder penal [GÖSSEL]. El Ministerio Público se encuentra vinculado en su actuación funcional al orden jurídico constitucional y al principio de legalidad [PEÑA CABRERA FREYRE].

La promoción del ejercicio de la acción penal está sometida al principio externo de legalidad u obligatoriedad: el fiscal, cumpliendo las disposiciones del ordenamiento jurídico, debe promover la acción penal en cuanto exista sospecha inicial simple, salvo los criterios de oportunidad legalmente configurados, referidos a la falta tanto de necesidad de pena cuanto de merecimiento de pena, definidos con arreglo al principio de proporcionalidad (artículo 2 CPP). Pero no solo eso; conforme a las disposiciones del CPP, los fiscales son los únicos conductores de la investigación del delito, considerada como una de las fases esenciales del proceso penal. Los fiscales han de llevar sobre sus espaldas la carga de probar la culpabilidad del acusado a la par de desarrollar, también, la actividad tendiente a

la incorporación de la prueba que concierna a la dilucidación del litigio, quedando en manos del juez la latitud de la reacción penal que nuestra ley sustantiva ha discernido monopólicamente a la jurisdicción [BÁEZ].

1.2. Institucionalidad del Ministerio Público

El Ministerio Público, bajo la dirección del fiscal de la Nación –que no es, propiamente, un funcionario político, sino una alta autoridad del Estado–, es un órgano independiente de la administración de justicia y autónomo de los demás poderes del Estado. No puede identificarse con el Poder Judicial porque: **i)** Desde la Constitución de 1979, constituye un poder independiente, con un diseño institucional propio y órganos de línea jerárquicamente estructurados; **ii)** no dicta resoluciones con calidad de cosa juzgada –tampoco puede realizar actos de prueba en sentido propio (artículo IV.3 TP CPP)–; **iii)** no limita el libre ejercicio de los derechos fundamentales (artículo V TP CPP), salvo los casos legalmente reglados, ni incidir definitivamente en el derecho a la tutela jurisdiccional [MORENO]; **iv)** sus principios organizacionales no son necesariamente los mismos, básicamente en lo referente a la independencia judicial, que se proyectan en los principios de unidad en la función y dependencia jerárquica –en esencia, expresados en la obediencia a directivas de actuación procedente del superior jerárquico, dentro del marco de la legalidad–; y, **v)** no puede identificarse con la Administración porque su labor está orientada a los criterios de verdad y justicia, básicamente por el principio de legalidad y actuación objetiva; el fiscal no debe llevar a cabo los puntos de vista políticos y los objetivos del gobierno, sino aplicar el derecho [ROXIN].

Los principios institucionales que definen su organización, de carácter interno, son los de jerarquía y unidad en la función, a través de los cuales se pretende conseguir la uniformidad de la interpretación de la ley y la continuidad en la actividad por parte del Ministerio Público, independientemente de los cambios de los concretos fiscales que se vayan produciendo [MUERZA]. De igual manera, otros dos principios centrales son los de imprescindibilidad y buena fe [BARRAGÁN SALVATIERRA].

A. Por el principio de jerarquía, los fiscales aun cuando actúen independientemente en el desempeño de sus funciones, como integran un cuerpo jerarquizado, subyace la noción de subordinación ante los miembros del Ministerio Público de mayor grado, por consiguiente: **1.** Están sometidos al poder disciplinario de sus superiores [RN n.º 1795-2013 y 3099-2013], que incluso tienen la facultad de sustitución o reemplazo

cuando “no cumplen adecuadamente con sus funciones o incurre en irregularidades” (artículo 62 CPP y 14 CPP). **2.** Deben sujetarse a las directivas o instrucciones, siempre legales, que le impartan sus superiores (artículo 5 LOMP) –la Fiscalía requiere de patrones de uniformidad–. Estas instrucciones están sujetas a dos características básicas: **(i)** su juridicidad, en consecuencia, no son de obligatorio cumplimiento las instrucciones antijurídicas, en cuyo caso debe informar en esos términos al superior que la dictó –están vinculadas a la Ley y al derecho–; y **(ii)** las directivas o instrucciones deben tener un contenido general en orden a la unificación de criterios de interpretación de la ley de racionalizar los recursos para la persecución de los delitos [BRUZZONE], radicada en dos ámbitos precisos: el principio de oportunidad y en los interrogantes técnico-tácticos de la persecución penal [ROXIN]. Las directivas, además, deben delinear pautas generales en pos de la represión del delito respetando acabadamente todos y cada uno de los derechos que se le conceden a los imputados durante el derrotero del proceso penal, así como también lograr una efectiva coordinación con las demás autoridades de la República [BÁEZ]. Este principio, en todo caso, tiene como límite insoslayable el principio de legalidad. **3.** La posición procesal de la institución en el caso concreto es la del superior jerárquico, que guía especialmente el sistema de recursos [Ejecutoria Suprema 3131-2014/Huánuco, de 27-04-15]. En efecto, la independencia de los magistrados del Ministerio Público no puede ser expresada de la misma forma que los magistrados judiciales debido al principio de subordinación jerárquica de sus miembros. Ello significa que están sometidos a sus superiores jerárquicos [GRANGER].

La STC n.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.

Es de aclarar, sin embargo, que el principio de jerarquía, como principio institucional, no puede asumirse por encima del principio de legalidad, de connotación material y de carácter constitucional. La primacía del principio de jerarquía se expresa cuando el impugnante es el fiscal, en cuya virtud el fiscal superior en grado, que en la instancia o sede respectiva interviene en el procedimiento, ello por la propia lógica del principio acusatorio y titularidad del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público –de raigambre constitucional–, de suerte que en estos casos prima irremediabilmente la posición procesal del último fiscal. No es así cuando el Ministerio Público no es parte recurrente, sino recurrida o, en todo caso, cuando interviene por el recurso de otra parte. La libertad de opinión del fiscal superior en grado es obvia, y no puede estar condicionada a la del fiscal inferior en grado, pero tal opinión no vincula al órgano jurisdiccional en modo alguno. El juez debe decidir conforme a la ley y dentro de los límites de la pretensión impugnativa de la parte recurrente. Si el fiscal no recurrió, luego, la posición de otro fiscal no tiene relevancia en la causa, más allá de la solvencia interna del planteamiento que formule.

- B.** Por el principio de unidad en la función, el Ministerio Público se concreta en cada oficina fiscal, no a título individual; es decir, todos los fiscales de la misma Fiscalía tienen igual competencia funcional para tratar el asunto penal encomendado, pero ellos representan a la institución, no a sí mismos. El indicado principio busca la unificación de criterios, y modos de actuación y proceder en la función fiscal [ROSAS YATACO]. Esta impersonalidad en la acción de la Fiscalía permite, por ejemplo, que un fiscal puede proponer impugnación y otro, del mismo oficio u oficina fiscal, formalizarla, o que durante el desarrollo del debate –incluso de la causa en general– pueden

turnarse los fiscales del mismo oficio [LEONE]; cada fiscal actúa por propia competencia y, en su caso, el fiscal jefe del oficio sin perjuicio de la potestad del fiscal de más alta jerarquía— puede renunciar a las impugnaciones propuestas por los fiscales adjuntos e invalidar cualquiera de sus iniciativas [MANZINI]. Obviamente este principio no alcanza a la decisión de Fiscalías de rango superior en el asunto concreto cuando intervengan en atención a los diversos recursos y lógicas funcionales del respectivo proceso penal, en cuya virtud prima el criterio del fiscal superior en grado y, de ser el caso, el inferior debe amoldarse a lo decidido por el superior. El fiscal superior en grado tiene competencia superior, potestad de alta dirección y vigilancia sobre los fiscales inferiores del distrito judicial donde actúan.

- C. **Principio de imprescindibilidad.** Se sustenta en los principios de legalidad y acusatorio. La presencia del fiscal, una vez que se inicia la relación jurídica procesal, es imprescindible (artículo 159.4 de la Constitución). No puede continuar el proceso penal sin que el órgano persecutor del delito conduzca los actos procesales que le son propios en razón de su función. Su ausencia, cuando la ley establezca su obligatoria presencia, acarrea la nulidad del acto procesal o del procedimiento en su conjunto. Su par dialéctico, en términos de importancia y presencia en el proceso, es el abogado defensor.
- D. **Buena fe.** La misión del Ministerio Público es la justicia, propiamente dicha, la tutela de intereses públicos (artículo 159.1 de la Constitución). Su función no es formalizar la investigación preparatoria en todos los casos que conoce. Por tanto, no tiene como objetivo ser un inquisidor, persecutor o contendiente forzoso de los procesados, sino más bien, corresponde a la autoridad fiscal acusar cuando es debido y sobreseer cuando no hay indicios o sospechas suficientes de la ocurrencia de un delito o de la intervención delictiva del procesado. Debe evitar, en todo caso, que las reglas de un juego justo sean vulneradas [ROSAS YATACO].

2. Actividad y legitimación

2.1. Roles del Ministerio Público

El CPP confiere dos roles concurrentes pero sucesivos al Ministerio Público en cuanto titular del ejercicio de la acción penal: **(i)** conductor de la investigación preparatoria —la facultad de decisión relativa a la acusación o al sobreseimiento conferida al fiscal constituye una prerrogativa lógico-jurídica que obliga al Ministerio Público a la investigación del hecho [GÖSSEL]—; **(ii)** acusador

en el juicio oral [GIMENO], “con obligación de intervenir permanentemente en todo el desarrollo del proceso” (artículo 61.3 CPP). Otro rol, vinculado al recurso, es el de ser **(iii)** parte recursal en sede de impugnación.

El Ministerio Público se pronuncia a través de disposiciones, providencias, requerimientos y conclusiones (artículos 122 y 64 CPP). Las disposiciones y los requerimientos deben ser motivados. Las conclusiones traducen la justificación del fiscal en sus intervenciones orales realizadas en las audiencias. Las providencias, que se centran en aquellos ámbitos de exclusivo dominio del fiscal, al igual que los decretos judiciales, ordenan materialmente el avance de la causa.

2.1.1. La investigación preparatoria

2.1.1.A. Conductor de la investigación preparatoria

El rol del Ministerio Público, como conductor de la investigación preparatoria, de un lado permite acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal y, de otro, simplificar y dinamizar la tarea de investigación [Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica].

El CPP considera al Ministerio Público una institución clave para desformalizar la etapa de investigación. El sistema que instaura requiere que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación criminal, haciéndolo más flexible, desarrollando trabajo en equipos, coordinando el trabajo policial. Además, el Ministerio Público debe desarrollar una política de control de la carga procesal para que el sistema procesal funcione con eficiencia y calidad, y debe jugar un rol decisivo en la promoción y protección de los derechos de las víctimas [CUBAS].

En tal virtud, no solo **(i)** recibe las denuncias por la comisión de delitos públicos (artículo 60.1 CPP) y **(ii)** dispone la actuación 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 (artículos 65.2 y 3, y 69 CPP), de tal forma, que se encargará directa, o vía delegación a la autoridad policial, de interrogar personalmente a los imputados y a los testigos, así como de informar sobre la situación legal de los primeros [NIEVA]. Además, **(iii)** controla jurídicamente su desarrollo y define su estrategia. En su condición de titular de la etapa de investigación preparatoria, cuyo señorío ostenta, no solo **(iv)** decide qué hacer y el método que permita conseguir el objetivo

de esclarecimiento, sino también (v) garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos, así como la regularidad de las diligencias con respeto a los derechos fundamentales (artículo 65.4 CPP). Asimismo, (vi) solicita al juez, mediante el requerimiento respectivo, todas las medidas limitativas de derechos necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos y aseguramiento de las fuentes de prueba (artículo 61.2 última frase CPP), en tanto que solo puede realizar actos de investigación y aseguramiento no limitativos de derechos fundamentales, como también las medidas de coerción cuya finalidad es asegurar la eficacia del proceso y de la sentencia final, mediante la cual el órgano jurisdiccional –vía cognición sumaria– deberá evaluar para decidir su fundabilidad y, de esa forma, asegurar la efectividad de la sentencia a expedirse.

El rol de conductor de la investigación lo hace, sin duda, responsable de ella. Tres consecuencias acarrearán esta posición institucional. **1.** Tomar las decisiones acerca del futuro de la investigación: necesidad de realizar ciertas diligencias de investigación, provocar audiencias ante el juez de la investigación preparatoria, impulsar la continuación de los actos de investigación, declarar su cierre. **2.** Conseguir autorizaciones judiciales –medidas limitativas de derechos en general–. **3.** Responder frente a los perjuicios generados por la actividad de investigación y responder por el éxito o fracaso de las investigaciones frente a la opinión pública [DUCE/RIEGO].

Las actuaciones que lleva a cabo el fiscal en la investigación preparatoria son las que permiten la celebración del juicio oral en condiciones. Habida cuenta de que sería muy complicado, en muchos casos –aunque no en todos–, celebrar el juicio oral inmediatamente después de sucedidos los hechos, con frecuencia es necesario abrir una averiguación previa, muy precisa o acotada para recoger los vestigios materiales del delito y asegurar a la persona y bienes del sospechoso, así como realizar las diligencias de investigación en orden a la identificación de los responsables y la acreditación del hecho punible [NIEVA].

En su actuación como tal, autoridad imparcial y titular de la investigación preparatoria, el Ministerio Público está sometido a dos principios de actuación; esto es, principios que guían su actividad externa:

- A. Legalidad.** El fiscal se regirá únicamente por la Constitución, la Ley y demás normas que integran el ordenamiento jurídico. Tal sumisión impone al fiscal prescindir de cualquier influencia o interés, ya sea personal o externo, ajeno a los principios prefijados por el ordenamiento jurídico. En esta perspectiva, el fiscal actuará con independencia de criterio, sin perjuicio

de las directivas o instrucciones de carácter general –nunca determinados o específicos, residenciados en un caso concreto– que emita la Fiscalía de la Nación, básicamente en asuntos de política criminal de la institución o de unificación de criterios en cuestiones de orden penal o procesal [DOIG].

- B. Objetividad.** El fiscal debe indagar con plena objetividad e independencia los hechos constitutivos del delito y realizar actividad de investigación sobre los hechos que determinen y acrediten la responsabilidad o la inocencia del imputado; las circunstancias que permitan comprobar la imputación y las que autoricen eximir o atenuar la responsabilidad (artículos IV.2 TP y 61.2 CPP). Esto último es posible porque el Ministerio Público, materialmente, representa el interés público de realización de la justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa [GÓMEZ/HERCE]. Como el fiscal debe vigilar la observancia de las leyes, no puede lógicamente tener un interés subjetivo en el caso concreto distinto de la correcta aplicación de la ley [SERRA DOMÍNGUEZ].

2.1.1.B. La reforma del Decreto Legislativo 1605

El Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023, introdujo la más polémica reforma al rol del Ministerio Público y su relación con la Policía Nacional. La modificación de los artículos 60, 65, 67, 68 y 69 del CPP tiene como objetivo marcar una lógica de horizontalidad entre ambas instituciones y una mayor autonomización de la investigación del delito por la Policía, con serias dudas de su constitucionalidad.

Es claro que, conforme al artículo 159, numeral 4, de la Constitución, corresponde al Ministerio Público la conducción desde su inicio la investigación del delito –según la DRAE, la conducción de una actividad concreta importa tener el gobierno, dirección o administración de aquélla y, en tal virtud, le corresponde guiar o dirigir las actuaciones de investigación del delito, el conjunto de diligencias del procedimiento de investigación–; y, con tal propósito, la Policía está obligada a cumplir sus mandatos en este ámbito (dirigir y mandar). La relación, pues, en materia de investigación entre Ministerio Público y Policía Nacional es vertical. Quien define la estrategia investigativa es la Fiscalía al igual que fija, dentro de la ley, las tareas que corresponderá a la Policía. Por ello, la coordinación debe entenderse como una relación institucional que apunta a formar un conjunto interinstitucional armonioso para la eficacia de la investigación del delito bajo la dirección jurídico-estratégica del Ministerio Público. La investigación debe responder al principio de legalidad –solo se puede hacer lo que la ley autoriza o

no prohíbe--; y, la coordinación indicada, incluso desde las modificaciones legales introducidas al artículo 60.1 del CPP, ha de tener las notas características antes señaladas.

La lógica investigativa está regulada por el artículo 65 del CPP. El apartado 1 define las tareas de la Fiscalía en la investigación del delito, la que ha de coordinar con la Policía, sin duda dentro de los marcos indicados *up supra*, no como una dependencia de la Fiscalía a la Policía, pues la dirección es de la primera. El originario apartado 2 del artículo 65 del CPP señalaba que las diligencias preliminares las realizará la propia Fiscalía o las encomendará a la Policía –las diligencias preliminares, mediante decisión discrecional de la Fiscalía, podía ser realizada por la propia Oficina Fiscal, sin intervención de la Policía, o por la Policía bajo la conducción de la Fiscalía–. El texto reformado exige que las diligencias preliminares se realicen con la participación de la Policía o que esta última las realice por comisión –la Fiscalía ya no puede realizar diligencias propias en sede de diligencias preliminares, lo que obviamente es un obstáculo legal, del todo irrazonable, al desconocer el poder investigativo propio del Ministerio Público–. El enunciado normativo llega al extremo de establecer que en los casos en los que se amenace la vida, la integridad o la libertad personal de la víctima, el Ministerio Público, sin ninguna opción, y ¡bajo responsabilidad funcional!, emite la disposición de inicio de diligencias preliminares dentro de las veinticuatro horas, remitiendo dentro de ese mismo plazo la autorización a la Policía Nacional. En todo caso, no puede entenderse que en este último supuesto solo cabe que la Fiscalía comunique a la Policía que realice diligencias preventivas por comisión, sino que muy bien puede ser una actividad conjunta. La investigación policial es, propiamente, diligencias preliminares preventivas; y, como tal, debe entenderse.

El apartado 4 del modificado artículo 65 del CPP introduce una tipología de estrategia de investigación sin mayores precisiones técnicas ni jurídicas para abarcar sus diferencias, puntos de encuentro y lógicas de dirección. Hace mención, **primero**, a la estrategia de la investigación a cargo del fiscal; y, **segundo**, a la estrategia operativa de la misma. La denominación de “estrategia” proviene, en su origen del contexto militar, pero ahora se ha generalizado y una de sus acepciones más globales, como decía FOUCAULT, la define como una operación de racionalización –un procedimiento estructurado– dirigida, en nuestro caso, al debido esclarecimiento de los hechos delictivos, para la obtención de mejores resultados. Importa la definición de un conjunto ordenado de pasos a seguir en función a la meta de esclarecimiento, la concreción de las acciones a emprender y la asignación de tareas y recursos necesarios para su consecución. Desde luego, si se entiende la estrategia como el procedimiento estructurado al efecto, la táctica será la manera en que se ejecutará la estrategia.

Todo ello le compete al Ministerio Público, es su responsabilidad. La estrategia de operaciones –“operativa” la denomina la Ley– es una estrategia típicamente funcional a cargo de la Policía Nacional, que se guía por la estrategia diseñada para el caso concreto por el Ministerio Público. Importa el desarrollo de un plan –acciones planificadas– para ejecutar lo dispuesto por la Fiscalía a fin de conseguir el objetivo de esclarecimiento del delito materia de investigación. Para alcanzar este objetivo debe fijar las políticas criminalísticas necesarias y útiles, el uso de los recursos institucionales y las pautas de coordinación que funcionarán en el caso. Es evidente que la Policía Nacional, por su carácter profesional, tiene un espacio de actuación, un ámbito discrecional, para alcanzar la meta de esclarecimiento buscada de propósito, que debe ser respetado por la Fiscalía, la que debe estar interesada mayormente en la necesidad forense e institucional de obtener fuentes de prueba (*i*) lícitas y (*ii*) suficientes –evitar que sean excluidas o declaradas inutilizables– para avanzar en su tarea de esclarecer y perseguir eficazmente el delito.

2.1.2. Acusador público

El Ministerio Público como parte acusadora está encargado de solicitar la actuación del *ius puniendi*, siempre que legalmente corresponda. Mediante la acusación, cuando proceda, aun cuando no actúa derecho fundamental alguno, cumple con su obligación jurídico-pública de ejercitar la acción penal introduciendo la pretensión punitiva; y, con ello, mantiene la vigencia del principio de contradicción. La acusación –que delimita, objetiva y subjetivamente el ámbito del proceso– está condicionada a la existencia de base suficiente o de bastantes o idóneos elementos de convicción contra el imputado (artículo 344.1 y 2.d CPP). En esta condición de parte acusadora no solo debe sostener los cargos en todo el curso del proceso –si se cumplen, claro está, los requisitos y condiciones legales pertinentes–, sino que está autorizada a interponer los recursos y medios de impugnación legalmente previstos (artículo 61.3 CPP).

Si bien la Constitución admite una diferenciación entre fiscal acusador y fiscal dictaminador (artículo 159.3 y 5, de un lado; y apdos. 1 y 6 del mismo artículo 159 de la Constitución, de otro) –también prevé al fiscal investigador (artículo 159.4)–, esta función de fiscal dictaminador ha sido desterrada del proceso penal. Ya no se requiere dictamen previo para la decisión de las causas, como lo exigía la LOMP en sus artículos 83 y 91. El fiscal, según los artículos 64 y 122 CPP, en el ámbito del proceso penal, dicta disposiciones y providencias (en la investigación del delito), y formula requerimientos con sus respectivas conclusiones (petición

de actos procesales a la autoridad judicial), siempre motivados y autosuficientes, sin remisión a otros actos o decisiones, de la propia Fiscalía o del órgano jurisdiccional –con mayor razón cuando se trata de los que podemos denominar requerimientos estructurales: de sobreseimiento y acusatorio, en los que, con mayor exigencia, han de bastarse a sí mismos y en que el control judicial debe incidir en la correcta descripción del hecho imputado, en el mínimo sustento probatorio y en la logicidad de la argumentación en orden a su conclusión [D'ALBORA]–. La acusación es un requerimiento sujeto a una regulación específica (artículo 349 CPP), controlable judicialmente (artículos 350-351 CPP), e indispensable para el enjuiciamiento de un imputado (artículo 353 CPP) que, con anterioridad, fue inculcado formalmente mediante una Disposición de Investigación (artículos 336 y 349.2 CPP).

En caso que el fiscal no acuse y si esta posición es avalada por el fiscal superior en grado, la regla general, en virtud del principio acusatorio, es que no cabe otra alternativa al órgano jurisdiccional que aceptar esa postura [Ejecutoria Suprema RN n.º 2330-2012, de 30-01-13], salvo que el principio acusatorio entre en conflicto con otros bienes constitucionales, entre ellos, el derecho a la prueba y la debida motivación, en cuya virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad cabe anular esa decisión (STC n.º 4620-2009.PHC/TC, de 10-11-11).

2.1.3. Parte en el recurso

El Ministerio Público es la única autoridad que puede determinar la persecución del delito, persecución que incluso se proyecta en sede de impugnación –presentación de recursos acusatorios–. Por lo tanto, no es posible rebasar, como órgano público que es, lo que disponga sus autoridades en ese ámbito específico. Esto en atención a dos de los principios que orientan la función fiscal: el de jerarquía y la de unidad de la función. Así, entendido, el Ministerio Público es un cuerpo jerarquizado, en el que la posición del Superior prima frente a la del inferior (RN n.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, contra la intimidad y lesiones culposas leves–, y en las faltas, se excluye la intervención del Ministerio Público y se la concede al ofendido por el delito, constituido al efecto en querellante particular.

Para el válido ejercicio de la acción penal, quien lo haga debe tener capacidad para ser parte y capacidad procesal. Tales exigencias se cumplen en los fiscales en tanto integran un cuerpo del Estado erigido en carrera fiscal, cuyo acceso, estatuto y funciones están definidos legalmente (tanto en la LOMP como en el CPP).

La legitimación activa que tiene el fiscal para intervenir en el proceso penal es originaria –parte de la Constitución y se desarrolla en la Ley–. Lo es en su consideración de defensor de la sociedad, aunque respecto del objeto civil solo es una legitimación derivada, pues actúa como sustituto procesal de la víctima: insta la reparación civil solo si la víctima no se constituye en actor civil, no renuncia a ella o no decide acudir a la jurisdicción civil (artículos 11.1, 12.1 y 13.1 CPP) [GIMENO].

2.3. Ministerio Público y Policía

La Constitución asigna al Ministerio Público la titularidad o conducción de la investigación del delito desde su inicio. Conducción –que es el vocablo utilizado por la Ley Fundamental– significa guiar o dirigir las tareas de investigación, y lo hace ya sea directamente –la Oficina Fiscal– o a través de la Policía. Asimismo, y paralelamente, la Constitución atribuye a la Policía Nacional la investigación del delito (artículo 166), pero precisa en el artículo 159.3 que, en la tarea de investigación conducida por la Fiscalía, la Policía Nacional está obligada a cumplir sus mandatos –esta, según Roxin, constituye una de sus más antiguas misiones–. El auxilio de la Policía en el desarrollo de los actos de investigación es pues imperativo; empero, la Policía Nacional también tiene un poder de investigación autónomo, de un lado, limitado a determinados actos de urgencia e imprescindibles en los primeros momentos de la investigación, sin perjuicio de la pronta comunicación a la Fiscalía, siempre sujetos a las directivas o indicaciones del fiscal –a fin de garantizar la validez y utilización de los mismos en sede jurisdiccional–, y, de otro lado, traducido en un conjunto de actos de averiguación que puede llevar a cabo por iniciativa propia –poder de investigación no delegado– a la espera de la intervención efectiva del fiscal (artículos 67.1 y 68.1 CPP).

La dependencia funcional –que no orgánica– de la Policía es pues obvia y está normativamente impuesta, la cual permite al Ministerio Público influir en las investigaciones realizadas por aquella. Sin embargo, ello no significa minimizar el rol de la Policía ni que el fiscal reemplazará al Policía en la actividad criminalística y en el combate contra la delincuencia que le es propia –reemplazo, por lo demás, de imposible ejecución–. La coordinación, impuesta por el artículo 69 CPP, que incluso manda la elaboración conjunta de protocolos de actuación, es inevitable precisamente para garantizar la eficacia de la persecución penal; Ministerio Público y Policía Nacional son dos instituciones que están llamadas a cooperar [PERRON], sobre todo en los momentos iniciales de la investigación. Al fiscal le corresponde una función de dirección jurídica de las diligencias preliminares policiales; de aporte, definición y conformidad jurídica de la estrategia de investigación; de supervisión de la legalidad de la actividad policial en la investigación del delito –para evitar exclusiones de fuentes de prueba por ilegitimidad de su obtención–; y, de definición de aquellas diligencias legalmente admisibles y jurídicamente imprescindibles –cuya enmienda, subsanación, renovación y ampliación puede instar– para garantizar el éxito de su función acusadora. Ello no quita, desde luego, que la Policía Nacional, en virtud de su propia experiencia y riqueza profesional, brinde al fiscal recomendaciones en las estrategias de investigación del delito, como estipula el artículo 65.4 CPP.

En esta perspectiva se explica el artículo 69 CPP. Corresponde al Fiscal de la Nación regular mediante Instrucciones Generales –que es el vehículo institucional en el que se expresa la misión de conducción de la investigación desde su inicio del Ministerio Público, tendente básicamente a estandarizar por categorías de delitos– los requisitos ilegales y las formalidades de las actuaciones de la investigación encomendada a la Policía Nacional (en funciones de 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 Nacional “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.

El nuevo texto del artículo 69 del CPP, según el Decreto Legislativo 1605, registra dos modificaciones. **Primero**, vuelve a relativizar la función directiva del fiscal respecto de la investigación policial, pues ya no se trata de las directivas

específicas que en casos concreto dicta cada fiscal, sino de “coordinaciones específicas”, aunque bajo la creencia ilusoria que el fiscal no dicta órdenes a la policía y que la estrategia general del caso es una suma de actividades, autónomas pero conectadas, entre Fiscalía y Policía –lo que, como ya expresáramos, no es así–. Segundo, uno de los ámbitos que debe acometer las Instrucciones Generales del Fiscal de la Nación, es fijar los mecanismos de coordinación que los fiscales deben mantener con la Policía Nacional para el adecuado cumplimiento de lo previsto en este Código. Ésta, sin duda, es la pieza clave que el legislador entrega al Fiscal de la Nación para precisar lo que debe entenderse por “coordinación”, para lo cual ha de entender cabalmente lo que dispone la Constitución y el conjunto de las disposiciones del Código Procesal Penal.

La conducción funcional del Ministerio Público, desde luego no importa que los fiscales intervengan en la jerarquía interna de la Policía ni en su distribución de trabajo; sus facultades solo se extienden a la realización de las diligencias de investigación, sin intervenir en la organización interna de la Policía, que mantiene su propia dependencia jerárquica e institucional; además, el Ministerio Público no está facultado para aplicar sanciones en caso de incumplimiento de sus directivas, ya que la Policía depende de su propia organización interna [DUCE/ RIEGO].

2.4. Ministerio Público y excusa

El fiscal no es recusable. Empero, como está vinculado a la justicia y debe defender el derecho objetivo, en caso se presenten las causales de inhibición judicial establecidas en el artículo 53 CPP, está obligado a apartarse o excusarse de la causa (artículos 19 LOMP y 61.4 CPP), siempre –claro está– que incidan en la función del Ministerio Público y estén vinculadas a la actividad que en el momento está ejercitando el fiscal o habrá de hacerlo [LEONE]. La Ley, con esta previsión, busca preservar el criterio de objetividad de la función fiscal. Su intensidad, sin embargo, es menos exigente que la del juez, pues el fiscal no puede prejuzgar porque no juzga, requiere; los únicos que juzgan, y por ese motivo pueden prejuzgar, son los jueces [BRUZZONE].

No es claro si puede instarse la separación del fiscal en sede judicial, o que tal situación genere una nulidad de las actuaciones en las que intervino. Instar su separación por vía de un recurso jurisdiccional importaría homologar la necesidad de actuación objetiva con la recusación, lo que claramente no es de recibo, amén de equiparar el acto fiscal con el acto jurisdiccional. Lo que sí cabe, por imperio expreso del artículo 62 CPP, es un petitorio al fiscal superior jerárquico para instar su separación, sin que esa medida, en caso negativo, pueda posibilitar un recurso

jurisdiccional –solo él valora, incensurablemente y sin ninguna formalidad, la viabilidad de la abstención [MANZINI]. No es posible estimar que la no abstención es causa de nulidad de actuaciones –el principio de taxatividad no se cumple en este caso–; la incompatibilidad, por consiguiente, no tiene efecto procesal alguno.

Esta concepción tiene como premisa que al fiscal no se le exige imparcialidad, que es propio de los jueces. Se le pide que tenga ecuanimidad en la defensa de la función encomendada; no puede actuar bajo la influencia de emociones como el afecto o el odio por las partes –o lo que defiendan–, ni tampoco verse influido por sus convicciones sociológicas previas y extraprocesales en los casos en que actúe. El interés que representa debe defenderlo, sin apasionamientos, sin ninguna otra influencia que no sea la afirmación de la legalidad [NIEVA].

2.5. Ministerio Público y facultades coercitivas

2.5.1. Medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos

Las medidas de coerción e instrumentales restrictivas de derechos, en principio, están reservadas a la autoridad jurisdiccional (artículos VI del TP, 231 y 254 CPP). Como excepción, en los casos de urgencia y de peligro por la demora, es posible que la Fiscalía pueda limitar derechos, pero solo en determinados supuestos taxativamente contemplados y con cargo a una inmediata resolución confirmatoria judicial.

Se trata, según el CPP, de las siguientes medidas:

- A. Incautación cautelar: artículo 216.1.
- B. Videovigilancia: artículo 207.1.
- C. Pesquisas, retenciones con esa finalidad y registro de personas: artículos 208.1 (inspección), 209.1 (retención) y 210.1 (registro de personas).
- D. Examen corporal urgente bajo confirmación judicial ulterior y examen corporal nimio: artículo 211.3 y 5.
- E. Incautación instrumental de bienes por peligro por la demora: artículo 218.2.
- F. Exhibición y entrega de documentos no privados: artículo 224.1.
- G. Aseguramiento de documentos privados: artículo 232.
- H. Clausura, vigilancia de locales e inmovilización de bienes por urgencia o peligro por la demora: artículo 241.

Las medidas coercitivas personales, que afecten el derecho fundamental a la libertad, llámese prisión preventiva (artículos 268-285 del CPP) y la detención preliminar judicial (artículos 261-267 del CPP), deben ser dispuestas necesariamente por un órgano jurisdiccional, salvo la detención policial en supuestos de flagrancia (artículo 259 del CPP) y el arresto ciudadano (artículo 260 del CPP).

2.5.2. Citación compulsiva

El artículo 66 CPP reconoce, asimismo, el poder de citación compulsiva del Ministerio Público, imprescindible para garantizar la obtención de información en el curso de la investigación preparatoria. En tal virtud, la Fiscalía puede citar a cualquier persona –imputado, agraviado, testigo, perito– para que declare y, en caso de incumplimiento, está facultada para disponer su conducción compulsiva. Esta medida restrictiva menor se levanta una vez realizada la diligencia que motivó la convocatoria del omiso y, en todo caso, antes de que transcurran 24 horas de su ejecución.

II. LA POLICÍA NACIONAL

1. Aspectos generales

La Constitución ha concentrado las funciones policiales en un organismo único y centralizado del Estado, integrado plenamente al Poder Ejecutivo y sujetao una organización similar a la castrense: la Policía Nacional (artículos 167 y 172). El artículo 166 de la Constitución reconoce a la Policía Nacional cinco grandes funciones, aunque pueden reducirse a las de Policía de Seguridad y Policía Judicial o de Investigación. En el ámbito de la primera, la más amplia y dinámica, se encuentran las funciones de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; proteger y ayudar a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; y vigilar y controlar las fronteras. Ellas, en su conjunto, cumplen una tarea de seguridad pública para proveer a la estabilidad del orden, a la tranquilidad colectiva y al normal desenvolvimiento de las instituciones [SABATINI].

En el ámbito de la segunda, que se puede calificar como una fase primaria de la administración de justicia penal, está la de investigar y combatir la delincuencia –la prevención de la delincuencia, también asignada a la Policía Nacional, es una actividad de seguridad–. Este ámbito, de carácter investigativo

—que importa la averiguación de los delitos y el descubrimiento de los implicados en su comisión y las pruebas, e incluso otras funciones complementarias, como la custodia y conducción de los implicados dentro y fuera del ámbito de los órganos jurisdiccionales para que sean juzgados, y su contribución al cumplimiento de las penas (función de ejecución, en sentido amplio)—, que no puede realizar por sí mismo el Ministerio Público. Por ello es que se afirma que, sin la Policía, la administración de la justicia penal sería imposible [PIETRO-CASTRO].

La movilidad de la Policía Judicial, su 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, resultarían imposibles por irrepetibles en las diversas manifestaciones que comporta este concepto [ASCENCIO]. Es, pues, un órgano esencial de la persecución penal.

Ahora bien, siguiendo el histórico modelo francés, esta actividad investigadora orientada, como ya se anotó, a (i) descubrir los delitos —practicando las diligencias necesarias para comprobarlos, incluso recogiendo todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito—, (ii) impedir que se los lleve a consecuencias ulteriores, e (iii) identificar a sus autores y partícipes —tiende a reprimir hechos acaecidos—, expresa la idea de subordinación —funcional— de la Policía a la Fiscalía para los fines de la justicia penal [MANZINI]. Su exacta coherencia normativa se encuentra en el artículo 159.4 de la Constitución y el artículo IV del Título Preliminar del CPP: “El Ministerio Público [...] dirige y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”. Lamentablemente la Ley Orgánica de la Policía Nacional (Ley n.º 27238 de 22-12-99) y su Reglamento (Ley 27238, de 22-12-99, y D. S. 0008-2000-IN, de 06-10-00) no contempló esta noción de organismo auxiliar y la estrecha relación que ha de tener con el Ministerio Público en la investigación del delito [CUBAS].

Así las cosas, la función policial de investigación del delito, de policía judicial, es de carácter auxiliar o de colaboración con el Ministerio Público y, eventualmente, del juez —la Policía, en este ámbito, está obligada a cumplir las instrucciones de ambas autoridades jurídicas—. El fiscal, en este ámbito y durante la investigación preparatoria puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía (artículo 68º.2 CPP).

Es propia de esta función de policía judicial la nota de judicialidad —distinta, como es obvio, de la noción de acto jurisdiccional—. Como tal,

contribuye a la realización efectiva del orden jurídico en su enfoque penal, de naturaleza administrativo-judicial [CLARIÁ], y se desarrolla, básicamente, con arreglo a las normas rígidas de la ley procesal –se inspira en criterios de legalidad [VIADA/ARAGONESES]–, a fin de satisfacer la actuación del derecho penal frente a quienes aparecen como agresores del mismo. Por ello es que se puede calificar esta actividad de estrictamente jurídica [VÉLEZ]; en consecuencia, el modo de actuación de la Policía de Investigación requiere que las diligencias que realicen observen estrictamente las formalidades legales –sin negar su acceso al imputado y su defensa (artículo 68.3 CPP)–, y que se labren en actas detalladas que se enviarán al fiscal (artículo 68.2 CPP).

La Ley de la Policía Nacional del Perú, que sucedió a la ley indicada anteriormente, Decreto Legislativo 1267, de 18-12-2016, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 026-2017-IN, de 15 de octubre de 2017 –el Decreto Legislativo 1451, de 16-9-2018, precisó la denominación de los órganos de la Policía Nacional del Perú y, pese a que se consideró, en el artículo II del TP de la Ley de la Policía Nacional del Perú, que ésta es un órgano de carácter civil al servicio de la ciudadanía, en su artículo 47 señaló que donde se decía “Alta Dirección” debe decir “Alto Mando”; donde se decía “Director General” debe decir “Comandante General”; y, donde se decía “Comité de Asesoramiento” debe decir “Estado Mayor General”, de típica connotación castrense–, de igual manera, no desarrolló esta función de auxiliar del Ministerio Público. Insistió, sin más, que para el cumplimiento de la función policial, entre otros, previene, investiga los delitos y faltas, combate la delincuencia y el crimen organizado (artículo III del TP), pero no en la relación de funciones y atribuciones no mencionó al Ministerio Público. La Ley 31379, de 23-12-2021, que modificó cinco artículos del Decreto Legislativo 1267, solo cambió las normas referentes a la Estructura Orgánica de la Policía Nacional (conformación del Alto Mando, Estado Mayor General, Comando de Asesoramiento General) y a la carrera policial). Será del caso esperar, entonces, a la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público y determinadas reformas al propio Código Procesal Penal para ir avanzando en concretar las relaciones y coordinaciones mutuas de la Policía Nacional con el Ministerio Público.

2. La función policial de investigación del delito

Acorde con la nota de dependencia funcional –que no orgánica– y del carácter auxiliar de las tareas investigativas de la Policía Nacional, el artículo 67 CPP prescribe que la Policía toma conocimiento de los delitos y da cuenta inmediata –es decir, en el plazo más breve posible– al fiscal. Sin embargo, debe

realizar, por propia iniciativa, las llamadas diligencias de urgencia e imprescindibles. Estas configuran aquellas actuaciones de la Policía que son **(i)** de realización necesaria o apremiante, que no puede esperar y compele a su actuación, y **(ii)** que no es posible abstenerse de realizarla o evitar su debida y cumplida actuación.

El objeto de las actuaciones o diligencias de investigación es múltiple: **1.** Impedir las consecuencias lesivas del delito –cuya acreditación concomitante es obvia–. **2.** Individualizar a sus autores y partícipes. **3.** Reunir y asegurar los elementos de prueba –en puridad, las fuentes de prueba–. Este objetivo recoge las funciones genéricas de averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del delincuente, y aseguramiento de los instrumentos, efectos y pruebas del delito. Son las denominadas diligencias de prevención, esto es, las primeras diligencias –así las rotula, por ejemplo, el artículo 316.1 CPP– que han de practicarse una vez descubierto el hecho delictivo, las cuales deben comunicarse al fiscal, y cuya realización cesa cuando el fiscal se hace cargo efectivo de la investigación, a quien entregará todo lo practicado –la actividad de investigación autónoma de la Policía, por cierto, no culmina con la comunicación de la noticia del delito al fiscal, pero sí con su avocamiento efectivo–. En concreto, lo que la Policía realizará son todas aquellas diligencias conducentes al buen fin de la investigación, salvo las reservadas al fiscal [GÓMEZ COLOMER].

En la mayoría de los casos –cuando se tratan de diligencias objetivas, de constatación–, estos actos, en razón a las notas de urgencia y cuando pueden devenir irrepitibles, algo más que la mera irreproducibilidad material, se les atribuye un cierto valor probatorio *per se*, ya que no es posible conferirlos a otra autoridad de investigación por el momento en que se verifican [ASCENCIO].

Las diligencias de prevención, que son las realizadas antes del avocamiento del fiscal, tienen lugar no solo respecto de los delitos públicos. También se llevan a cabo en los delitos privados y semipúblicos. En ambos casos esta tarea de ejecución de diligencias urgentes e imprescindibles también se practica *ex officio* por la Policía, sin perjuicio, en el caso de delitos privados, de la colaboración que brindará al juez cuando lo disponga, a tenor del artículo 461 CPP.

El artículo 67 CPP, además, expresa una idea central. La función de Policía Judicial de la Policía Nacional es de dos tipos: **(i)** de oficio o preventional, y **(ii)** por comisión. Ambas integran las diligencias preliminares, sin que a ello obste que, con posterioridad, en el curso del procedimiento de investigación preparatoria formalizado, pueda reclamar su intervención para desarrollar determinadas líneas de investigación, como claramente está expuesto en el apartado 3 del citado artículo

67 CPP, según el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023. Para concretar el rol estratégico en la persecución penal del Ministerio Público, una vez que la Policía conoce de la comisión de un delito debe comunicarlo inmediatamente al fiscal y realizar, sin más, las diligencias preventivas, preliminares, necesarias. El apartado 1 del indicado precepto estipula, al respecto, que lo preventivo significa realización de actos de investigación urgentes o inaplazables –antes se decía que los actos deben ser los urgentes e imprescindibles, lo que importaba, de un lado, lo urgente o apremiante, y, de otro lado, lo indispensable, necesario u obligatorio–. Es claro, entonces, la limitación del poder investigativo de la Policía Judicial a lo urgente o inaplazable (como conceptos sinónimos), que dan cuenta del tiempo para su ejecución, pero no de su cualidad o utilidad para llevarlos a cabo. Mala reforma, entonces, irrazonablemente limitativa, más aún si el artículo 68 CPP se ha visto ampliado. Las diligencias preliminares por comisión, 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 inaplazables–, son las realizadas por orden del fiscal (artículo 330 CPP), cuyo apoyo es de obligatorio cumplimiento (artículo 67.2 CPP). En este último ámbito el fiscal ha de dictar directivas puntuales respecto de lo que debe actuarse en sede preliminar. Precisión de su objeto y, en su caso, indicación de las formalidades específicas de las diligencias para garantizar su validez jurídica (artículo 65.3 CPP).

Esta normatividad pretende acabar con la situación de aislamiento de la Policía y de la fiscalía; no pueden quedar espacios opacos al conocimiento de la fiscalía ni actuaciones policiales al margen del control fiscal, con lo que se conseguía una mayor eficacia de las investigaciones penales, purgándolas *ab initio* de pruebas ilícitas [NIEVA].

3. Las atribuciones de la Policía de Investigación

Las atribuciones de la función de investigación de la Policía, como Policía Judicial, vale decir, la facultad que se da a los policías en razón al cargo que ejercen, están taxativamente establecidas en el artículo 68 CPP. Comprenden tanto la labor autónoma como la subordinada o por comisión.

El artículo 68 CPP instituye una fórmula más o menos completa de las diligencias que la Policía está facultada a realizar en sus funciones de Policía de Investigación o Judicial. El sistema que acoge es el de *numerus clausus*, aunque el literal n del apdo. 1 del citado artículo incorpora una regla de carácter indeterminado: “las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados”.

La distribución de estas facultades se ordena en función a la siguiente clasificación [GÓMEZ COLOMER].

- A.** Con relación a los delincuentes. Averiguar quiénes son los responsables de los hechos delictivos y, en su caso, practicar las diligencias orientadas en su identificación y capturándolos inmediatamente en los casos de flagrante delito.
- B.** Con relación al delito denunciado. (i) Recibir las denuncias y tomar declaraciones a los denunciantes; (ii) Aislar, proteger y vigilar el lugar de los hechos a fin de que no sean sustraídos, alterados y contaminados los indicios o evidencias del delito; (iii) Practicar el registro de las personas; (iv) Recoger y conservar los indicios y evidencias de interés criminalístico relacionados a los hechos que puedan servir a la investigación, conforme al protocolo interinstitucional que corresponda; (v) Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito y las faltas; (vi) Realizar entrevistas e identificar a posibles testigos que hayan presenciado la comisión de los hechos; (vii) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas; (viii) Intervenir y detener a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato de sus derechos –así como, adicionalmente, requerirles sus documentos de identidad personal para su comprobación y recibir las versiones que puedan hacer en ejercicio de su derecho de defensa, sin afectar su derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación–; (ix) Asegurar los documentos privados, documentos contables administrativos e instrumentos de telecomunicaciones que pueden servir a la investigación; y, en función a su cantidad, los pondrá rápidamente a disposición del Fiscal, quien los remitirá para su examen al juez, o si ésta es abundante el juez decidirá inmediatamente o se constituirá al lugar del hallazgo para su apreciación personal; el juez, en ambos casos, decidirá si la inmovilización es legítima o no, y en el primer caso la aprobará y la convertirá en incautación, poniéndola a disposición de la Fiscalía; (x) Allanar locales de uso público o abiertos al público, mediante operativos (operaciones) debidamente planificados, haciendo uso racional de la fuerza; (xi) Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incauciones –el CPP no utiliza el vocablo “secuestros” para ocupar bienes, a diferencias de otros Códigos– necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración; y, (xii) Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del Fiscal.

Lo relevante de la reforma operada por el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023, es que a los testigos de los hechos ya no se les recibe manifestaciones –solo a los implicados: autores o partícipes de un hecho punible–; solo se les realiza entrevistas y se les identifica debidamente. Una entrevista es una diligencia breve, con mínimas formalidades, y en la cual se consigna lo esencial de la información que puede aportar el testigo; no hace falta la intervención de la defensa de los presuntos implicados. Por tanto, su valor es meramente informativo y servirá para determinar que en sede de investigación preparatoria o en sede de enjuiciamiento se le interroga en forma. Otro cambio es que se autoriza a los intervenidos y detenidos en flagrancia a recibir sus versiones que en ejercicio de su derecho de defensa puedan brindar, pero se la diferencia de las manifestaciones que como imputados han de prestar en esa misma sede prevencional o preliminar, estas sí con la intervención de su abogado defensor o, en su defecto, del defensor público. Esta posibilidad es censurable primero por el hecho que los implicados están privados de libertad –lo que genera un ambiente coactivo no propicio para la espontaneidad de las expresiones del detenido– y segundo porque la necesidad de defensa técnica es imperativa en todo momento de la investigación (artículo 139.14 de la Constitución). La Corte Suprema ha determinado que cuando el acta de entrevista no contó con abogado defensor carece de valor probatorio, más aún si se opone a la manifestación o declaraciones prestadas ulteriormente por el propio encausado. Finalmente, una última modificación estriba en que el fiscal, en este caso, puede intervenir virtualmente cuando no puede participar presencialmente. Este cambio no tiene consistencia, pues a final de cuentas el fiscal es el director de la investigación del delito, de suerte que no es posible autorizar su intervención virtual, cuando esta diligencia es presencial –él no solo interviene en la diligencia, sino la dirige; luego, no puede aceptarse esta actuación remota–.

- C. **Con relación a las víctimas.** (i) Prestar el auxilio que requieran y (ii) informarles sobre sus derechos, cuanto interponga la denuncia y al declarar (artículo 95.2 CPP).
- D. **Con relación al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional.** De un lado, se tienen los actos de auxilio, que consisten en seguir sus instrucciones y prestarles apoyo en la realización de actos de investigación (artículo 330 CPP) o en aquellos actos fiscales o jurisdiccionales en que sea necesaria su cooperación (por ejemplo, en la realización de pericias técnicas o

criminalísticas, de identificación de personas o de aporte de información en general). Por otro lado, se tiene los actos de ejecución, que son aquellas tareas vinculadas al ejercicio de la coerción y al cumplimiento de las órdenes fiscales y judiciales.

- E.** Como testigos. Como los actos de investigación tienen el valor de denuncia, no son definitivos –con las excepciones que oportunamente se precisarán– deben comparecer como testigos en el proceso penal.

A lo expuesto se agregan siete diligencias que, de uno u otro modo, importan una mínima restricción de derechos. Son las siguientes [CUBAS]:

- A.** El examen corporal del imputado (artículo 211 CPP), cuando se trata de mínimas intervenciones, siempre con conocimiento del fiscal.
- B.** El dosaje erílico, prueba de alcoholemia o informe alcoholimétrico (artículo 213 CPP), que es considerado es una típica intervención policial autónoma.
- C.** La exhibición e incautación de bienes (artículo 218 CPP), en supuestos de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.
- D.** La revisión, aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos (artículo 234 CPP). Para lo primero requiere orden del fiscal. El aseguramiento es una consecuencia de la revisión, y será el fiscal quien inste la incautación judicial.
- E.** La incautación cautelar de efectos, instrumentos y objetos del delito (artículo 316 CPP), condicionada a que exista peligro por la demora.
- F.** El control de identidad (artículo 205 CPP), a cualquier ciudadano para requerir su identificación y realizar las comprobaciones pertinentes, con fines de prevención y averiguación del delito.
- G.** El control policial público (artículo 206 CPP) en vías, lugares o establecimientos públicos en delitos que causen grave alarma social.

Asimismo, el CPP reconoce a la Policía Nacional cuatro atribuciones, en el ámbito de la búsqueda de pruebas, que también importan una mínima restricción de derechos: videovigilancia, inspecciones y pesquisas, retenciones con fines de identificación, y registro de personas (artículos 207-210 CPP).

4. La función criminalística de la Policía Nacional

4.1. Nociones Generales

Entre las atribuciones, legalmente reconocidas, de la Policía Nacional se tiene, primero, realizar operaciones técnicas o científicas en la investigación del delito; y, segundo, de modo general, reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística (artículo 68, literales g y m, CPP). Se entiende la criminalística como una disciplina auxiliar del derecho penal y procesal penal que se ocupa de los medios y procesos de comisión del delito y de los medios y 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 artículo 330.3 CPP, que prevé la inspección preliminar del fiscal en la escena del delito. Establece esa norma que el fiscal, al tener conocimiento de la comisión de un delito público, “podrá constituirse en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen”. Este personal, que tendrá que ser especializado y de la propia Policía Nacional o, excepcionalmente, de la Fiscalía –en función a su organización interna y recursos logísticos, siempre escasos, por cierto–, tiene como objetivo coadyuvar de manera técnica y científica a la investigación del delito.

4.2. El Decreto Legislativo 1220

El Decreto Legislativo 1220, de 24-09-2015, 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 artículo 10 del aludido decreto legislativo establece que exclusivamente el personal policial deberá aislar, proteger y vigilar los vestigios materiales o prueba física, a fin de conservar y mantener su originalidad, evitando su alteración, destrucción, contaminación o sustracción. Su acceso inicial corresponde al personal de peritos criminalísticos y médico legista, bajo conducción del fiscal. Tal previsión significa que es el fiscal quien dirige y dispone el personal que está en relación con la escena del delito, pero sus disposiciones deben comprender el concurso de peritos criminalísticos de la Policía Nacional y del Instituto de Medicina Legal.

4.3. El Decreto legislativo 1606

El Decreto Legislativo 1606, de 21-12-2023, amplió y reordenó la función criminalística policial. En primer lugar, precisó que la función de criminalística de la Policía se realiza a través del Sistema Criminalístico Policial y, como tal, coadyuva de manera técnica y científica a la investigación de los hechos punibles. En segundo

lugar, estableció que este Sistema está a cargo de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional en todos sus ámbitos (sistémico, funcional, técnico, normativo, administrativo y operativo), y lo entendió como un conjunto interrelacionado de unidades de organización que ejecutan funciones en especialidades criminalística y forense en la Policía Nacional, para lo cual aplican sus conocimientos, técnicas y métodos científicos en la escena del delito y en otros contextos a fin de (i) establecer la forma y circunstancias en las que se suscitan los hechos e identificar a los autores y partícipes del delito (criterio operacional), y (ii) fortalecer la capacidad operativa de la Policía Nacional (criterio organizativo). En tercer lugar, estipuló que las Unidades del Sistema Criminalístico Policial practican pericias oficiales, emiten informes periciales de criminalística –no hay diferencias entre estos supuestos– y otros documentos de interés criminalístico útiles para la investigación. En cuarto lugar, determinó que el Sistema Criminalístico Policial está integrado por personal policial especializado en las diferentes especialidades criminalísticas – forenses, administrado por la Dirección de Criminalística de la Policía; personal que es registrado por la aludida Dirección y solo puede desempeñar funciones acorde a su especialidad funcional u objeto de contratación, e incluso puede ser personal policial en retiro y personal civil, debidamente contratados para que ejerzan tanto funciones administrativas o forenses. En quinto lugar, encargó a la Dirección de Criminalística la promoción y gestión de programas y cursos de capacitación, especialización y actualización permanente para el personal del Sistema, así como la producción y promoción de la investigación en materia criminalística y ciencias forenses, vinculándose incluso con personas naturales y jurídicas nacionales e internacionales, y con universidades e instituciones públicas diversas.

III. EL QUERELLANTE PARTICULAR

1. Base legal

El Código Penal establece para unos cuantos tipos penales que su persecución se insta mediante acción privada (delitos contra el honor, contra la intimidad, lesiones culposas leves y corrupción al interior de entes privados: artículos 138, 158 –según el Decreto Legislativo 1237, de 26-9-2015–, 124, primer párrafo –según la Ley 27054, de 23-1-1999, ratificada en este punto por la Ley 27753, de 9-6-2022– y el artículo 241-B –según el Decreto Legislativo 1385, de 4-9-2018– del Código Penal). En plena correspondencia con el citado Código, el apdo. 2 del artículo 1 del Código Procesal Penal estipula que en los delitos de persecución privada la acción penal la ejerce el ofendido por el delito

—es una simple restricción en la legitimación, no altera la naturaleza pública de la acción y está motivada por razones de política criminal en atención a la realidad social [GONZÁLES MONTES]—; la acción privada se ejerce ante el juez y mediante la presentación de una 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 CPP instaura en estos casos un proceso especial —proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal—, con exclusión del Ministerio Público, donde la acusación es privada y se aplican los principios dispositivos y de aportación de parte. El querellante particular es la única parte acusadora.

2. Precisiones conceptuales

Es querellante particular la parte acusadora necesaria en los delitos privados —esta denominación no está relacionada con el carácter de la acción, sino con los presupuestos de persecutoriedad— que ejerce la acción, delitos en los que queda excluida la intervención del Ministerio Público —el ejercicio de la acción queda atribuido en exclusividad al ofendido, él ostenta el monopolio de la acción penal—. Se requiere que el agraviado resulte directamente ofendido por el delito en mención; es decir, ha de ostentar la titularidad del bien penal protegido y ser sujeto pasivo del delito —sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico ofendido [QUINTERO]—.

Para poder participar en el proceso penal, para ser parte, es menester que el sujeto tenga capacidad para ser parte —puede ser persona física o jurídica, según el delito en cuestión—, capacidad procesal —lo que implica que deberá actuar por medio de su representante legal si tiene limitada la capacidad de obrar— y postulación debida —por abogado— [BANACLOCHE]. En el caso de los delitos contra el honor en que el ofendido haya fallecido o haya presuntamente muerto o exista una declaración judicial de ausencia o muerte presunta, el artículo 138 del Código Penal otorga esa capacidad procesal para ser parte a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, y por hechos que, inclusive, pudieron haber sucedido cuando el agraviado hubiera ya fallecido; fórmula que difiere a la posición adoptada en el artículo 75 del Código Penal Argentino, donde la ley legitima al cónyuge y sus familiares nombrados a perseguir hechos punibles contra el honor del ofendido, cuando la ofensa sucedió en vida [MAIER]. Pero, además, junto a lo anterior, ha de concurrir el presupuesto de la legitimación activa que viene determinada precisamente por ostentar la titularidad de dicho bien jurídico. El ofendido por el delito es quien ejercita el derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución), que, en el proceso penal, se manifiesta como un *ius ut procedatur* o

derecho a que se incoe un proceso penal [GIMENO]. El titular del bien jurídico, en este caso, comporta en lo procesal el derecho al ejercicio conjunto de las pretensiones punitivas y de resarcimiento (artículo 107 CPP), de lo que se desprende que si ejercita la acción civil *ex delicto* en la vía civil se entenderá extinguida la acción penal y no podrá intentar posteriormente iniciar ese proceso. La legitimación pasiva en estos casos corresponde a quien se atribuya la conducta delictiva, a quien se considere responsable del delito en agravio del querellante particular.

El artículo 108 CPP consagra como presupuesto procesal o requisito de actividad la exigencia de una querrela para la iniciación de los procesos penales por delitos privados –es un acto procesal de postulación que asiste al ofendido por el delito, en tanto titular de la pretensión, mediante la cual solicita al juez la iniciación del procedimiento y la adquisición de la cualidad de parte acusadora [GIMENO]–; y, además, prevé bajo sanción de inadmisibilidad los presupuestos, requisitos formales y elementos materiales que debe contener el escrito de querrela: identificación del querellante o de su representante –determinación de su capacidad y legitimación–, determinación de la legitimación pasiva –indicación de la persona contra quien dirige la acción–, relato circunstanciado del hecho y exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión –causa de pedir–, precisión justificada de lo que peticiona –*petitum* o petición–, y ofrecimiento de pruebas. Esta, como quedó expuesto, se expresa siempre por escrito –adopta la forma escrita, requisito formal, y debe ir firmada por abogado, que expresa el presupuesto de postulación– y se interpone ante el juez penal unipersonal –presupuesto procesal de competencia del órgano jurisdiccional– (artículos 108.2 y 459.1 CPP).

El artículo 109 CPP reconoce las facultades del querellante particular. Se destaca su derecho de participar en todas las diligencias, ofrecer prueba, recurrir, e interponer cuantos medios de defensa y formular requerimientos en salvaguarda de sus derechos. Un derecho específico es la facultad de que pueda intervenir a través de un apoderado, lo que no significa que queda exento del deber de declarar –el testimonio es una carga pública y, salvo los casos de excepción (artículo 165 CPP), debe acudir al llamamiento judicial [D'ALBORA]–.

En cuanto al mantenimiento en el proceso, el querellante particular podrá desistir expresamente de la querrela –manifestación de voluntad en ese sentido–. El artículo 110 CPP también reconoce el “desistimiento tácito”, que tiene lugar cuando no concurre, sin justa causa, a las audiencias, a prestar declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia. Una regla para garantizar la declaratoria del desistimiento tácito es que la incomparecencia requiere de una justificación antes de la realización de las audiencias o, en todo

caso, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha fijada para aquella. El efecto sustancial del desistimiento, expreso o tácito, es la renuncia a continuar haciendo valer la pretensión; y en función al artículo 78.3 CP, la extinción de la acción penal –no solo la caducidad de la instancia–, que importa un sobreseimiento inmediato por mediar causa extintiva de la acción penal; el querellante no puede intentarla de nuevo (artículo 464.3 CPP).

IV. EL ACTOR CIVIL

1. Base legal

El artículo 92 CP estatuye que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena –esta última es una responsabilidad que solo es provocada por el delito [ARMENTA]–. Desde esta perspectiva, que impone la acumulación heterogénea de la acción penal y de la acción civil –acumulación del proceso civil y del proceso penal en un único procedimiento, atribuyendo la competencia para conocer del conjunto al órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso penal [GÓMEZ COLOMER]–, el artículo 1.1 CPP dispone que el ejercicio de la acción civil corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; esto es, al que según la ley civil está legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito, que como tal se erige en una fuente de obligaciones civiles del que nace una obligación de reparación y resarcimiento (artículo 98 CPP).

La *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 (artículo 106 CPP), lo que se explica en resguardo de la interdicción del *ne bis in idem* al haberse consolidado, en este caso, un supuesto de pleito pendiente.

El ámbito de la acción o reparación civil está determinado en el Código Penal: la restitución del bien o, si no es posible, pago de su valor; y, la indemnización de los daños y perjuicios (artículo 93). Su presencia al lado de la acción penal se justifica por la conexidad objetiva entre la pretensión penal y la civil, al originarse ambas en el mismo hecho [VÉLEZ MARICONDE]. Esta es la opción por la que, finalmente, optó el *code d'instruction criminelle* francés de 1808, artículos 63 y ss. La sed de justicia y de castigo del culpable se limitaba simplemente a la reparación de los daños, pero no comprendían la imposición de pena alguna [NIEVA].

2. Precisiones conceptuales

Actor civil es la persona perjudicada por el delito que ejercita la acción-pretensión civil en el proceso acumulado al penal [GÓMEZ COLOMER]. La figura del actor civil, su intervención, está circunscripta exclusivamente a los delitos públicos y semipúblicos, y, a diferencia del delito privado, se limita al objeto civil.

La posibilidad de actuación limitada a la reparación civil se justifica en que no se debe impedir a una víctima que, aunque deje en manos del fiscal la petición de pena, pueda defender en el juicio los derechos que le corresponden en relación con la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito [BANACLOCHE]. El Acuerdo Plenario n.º 5-2011/CJ-116, de 06-12-11, desarrolla ampliamente los alcances del actor civil.

El artículo 99 CPP regula el supuesto de concurrencia de peticiones: varios sujetos, invocando el mismo título, deciden constituirse en actor civil. La opción del Código asume dos niveles de respuesta: el primero, rige el orden sucesorio previsto en el Código Civil, de suerte que quien está más cerca excluye al más distante; y el segundo, en caso de que se encuentren en el mismo orden sucesorio, de no existir acuerdo explícito, el juez designa un apoderado común.

Al respecto, existe una acumulación heterogénea de acciones por cuanto una acción de naturaleza privada será tramitada y resuelta en un proceso ante un órgano de carácter penal. En efecto, se denomina acumulación heterogénea puesto que las pretensiones que se deducirán de forma acumulativa serán de diferente naturaleza, ello en la medida que, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, se acepta que un mismo hecho histórico pueda generar responsabilidad civil y penal al mismo tiempo. El fundamento de esta acumulación de pretensiones se sustenta en: (i) economía procesal, en la medida que la sustanciación de la pretensión civil en el proceso penal evita la instauración de un proceso civil posterior, genera ahorro de tiempo y reducción de esfuerzo por parte de la administración de justicia como del justiciable; (ii) evitar pronunciamientos contradictorios por la ruptura de la continencia de la causa, en la medida que exista entre ambas acciones relación de conexión causal u objetiva por cuanto se basan en un mismo acontecimiento histórico; (iii) la pronta reparación del perjudicado por el hecho delictivo [ARNAIZ].

Dado que la acción que se ejercita es de naturaleza civil, privada, está regida por los caracteres propios del principio dispositivo. La capacidad para ser parte y la procesal es la propia de los procesos civiles; la postulación exige abogado. La legitimación activa viene determinada por el hecho de ser el titular del derecho que se ejercita: perjudicado por la conducta delictiva.

La constitución en actor civil requiere de una demanda o solicitud en forma, que debe realizarse –oportunidad procesal– antes de la culminación de la investigación preparatoria (artículo 101 CPP), esto es, antes de que se dicte la disposición de conclusión de la investigación preparatoria o de que el juez dicte el auto que ordene la conclusión de la misma (artículos 342 y 343 CPP). Emitida una de las dos decisiones, desde luego, siempre queda a salvo el ejercicio de la acción resarcitoria en el fuero civil [D'ALBORA]. Como requisito formal la demanda o solicitud de constitución en actor civil se presenta por escrito ante el juez de la investigación preparatoria –en este último caso se trata de un presupuesto procesal del órgano jurisdiccional–.

El apdo. 2 del artículo 100 CPP prevé, bajo sanción de inadmisibilidad, los presupuestos, requisitos formales y elementos materiales que deben contener la demanda o solicitud: identificación del actor civil o de su representante –determinación de su capacidad y legitimación–, determinación de la legitimación pasiva –indicación de la persona contra quien se va proceder: imputado y, en su caso, el responsable civil–, relato circunstanciado del hecho y exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión resarcitoria –causa de pedir–, precisión justificada de lo que peticiona –*petitum* o petición–, vinculada –está claro– al monto de la reparación civil que insta, y ofrecimiento de pruebas que acrediten su derecho. La inadmisibilidad de la instancia, obviamente, no impide el ejercicio de la acción 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 (artículo 102.2 CPP), de quien ejerce la pretensión civil (artículo 102.2 del CPP; según el Decreto Legislativo 1307, de 31-12-2016), cuya tramitación está prevista en el artículo 8 CPP, siempre que alguna de las partes, dentro del tercer día hábil, hubiera manifestado su oposición escrita debidamente fundamentada. Una norma específica del trámite es la prevista en el apdo. 1 del artículo 102 CPP: la resolución que decide sobre esta solicitud se emite dentro del tercer día, la cual es apelable (artículo 103 CPP).

Las facultades del actor civil son particularmente extensas (artículos 104 y 105 CPP): **(i)** conocer de las actuaciones, **(ii)** ser escuchado antes de cada decisión que implique extinción o suspensión de la acción penal –siempre que lo solicite–,

(iii) deducir nulidad de actuaciones, (iv) ofrecer medios de investigación y de prueba, (v) participar en su actuación, intervenir en el juicio oral, y (vi) interponer medios impugnativos. La única limitación que tiene es que el ámbito de su intervención se circunscribe al objeto penal, en concreto: pedir la sanción penal –incluye, por su carácter penal, las consecuencias accesorias–, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, y requerir medidas limitativas de derechos e intervenir en el procedimiento correspondiente cuando no están referidas al objeto civil. El actor civil coadyuva con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe; él tiene un interés legítimo en esclarecer ambos aspectos, pues sin la prueba del objeto procesal penal, no existe título de imputación civil [GIMENO], más allá de la diferencia de los criterios de imputación civil y penal. Como se trata de una acción privada, de contenido patrimonial, procede el desistimiento en cualquier estado del proceso. El actor civil que se desiste solo está impedido de ejercer la acción indemnizatoria civil en otra vía si el desistimiento operó después de la acusación fiscal (artículo 106 CPP); solo en este último caso el desistimiento importa la renuncia de la acción civil.

Es claro, de otro lado, conforme lo ha reconocido la Ejecutoria Suprema RN n.º 1538-2005, de 20-06-05, que en el proceso penal de ejecución no hace falta que la víctima se haya constituido en actor civil.

3. Víctima y Proceso Penal

3.1. Aspectos Generales

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

Tal situación, de neutralización de la víctima, aunque necesariamente relativizada con el devenir del tiempo y el cambio, ciertamente lento, de la cultura jurídica, se extendió durante gran parte de la institucionalización del Estado de Derecho. Sin embargo, luego, con el auge de la Victimología –en la década del 70 del siglo pasado, al punto que en 1979 se funda la Sociedad Mundial de Victimología–, hubo una redefinición científica del rol de la víctima –desde las encuestas de victimización, desarrollos paralelos en la victimología y constitución de movimientos sociales–. Actualmente la victimología cobija tres áreas de conocimiento: **(i)** las encuestas de victimización (información acerca de las víctimas); **(ii)** la posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas); y, **(iii)** la atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de las víctimas) [LARRAURI].

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

La víctima, pues, asume relevancia no solo bajo el perfil dogmático-penal (existencia o intensidad de la tutela); bajo el perfil político-criminal (constante búsqueda de un punto de equilibrio entre las garantías para el reo y la tutela para la víctima, en contraste con el proceso de *desvictimización* de la historia reciente del Derecho penal, Derecho procesal penal, praxis judicial y política legislativa; y, bajo el perfil criminológico, sobre la base de la victimología [MANTOVANI].

A este redescubrimiento, sin duda, contribuyó, entre otras causas –como sería la nula y escasa relevancia de la víctima en el Derecho penal sustantivo (el fin de protección de bienes jurídicos se orientó exclusivamente hacia el castigo del delincuente, en vez de la reparación del mal causado a la víctima) y en el Derecho procesal penal–, el derrumbe del “mito de la resocialización” de la pena privativa de libertad [TAMARIT], de la ideología del tratamiento, de la concepción terapéutica del Derecho penal; y, contemporáneamente, el auge de la prevención general positiva integradora como fin de la pena, que propició la búsqueda de alternativas a la pena y las medidas de seguridad [LLOBET]. Las esperanzas depositadas en la eficacia del tratamiento no se confirmaron empíricamente: no cabe advertir una relación causal clara entre el tratamiento y una disminución de la reincidencia posterior de los delincuentes tratados [MIR PUIG]). En un Derecho

penal resocializador el centro del sistema es el delincuente, ese derecho mira hacia el futuro y no hacia el pasado, por lo que pierde importancia el hecho sufrido por la víctima [LLOBET]. Cabe reconocer, de otro lado, a modo de prevención, que la experiencia demostraría que a la euforia fijada en la resocialización siguió la euforia que recae sobre la víctima [HIRSCH].

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

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

- A. El proceso penal moderno –que se inició, en el *civil law*, con el llamado ‘proceso penal mixto’– nació con el propósito deliberado de neutralizar a la víctima, en una lógica de aceptación implícita de la herencia del ‘proceso inquisitivo’, distanciando a los dos protagonistas enfrentados en el conflicto criminal, bajo el supuesto de que la exclusión de la víctima afirmarían serenidad y objetividad a la aplicación del Derecho penal –a costa, empero, según se dice, de identificar interés privado e interés público, aunque en verdad subsumir el interés privado en el interés público–. La neutralización de la víctima por el Derecho penal, sin embargo, merece tomarse en consideración porque es una característica de la teoría liberal del Estado y la teoría de los derechos fundamentales, las cuales están interesadas en una reducción de la aplicación de la fuerza estatal y social [ALBRECHT].
- B. Si bien se reconoce, desde la actual cultura jurídica, que asumir la naturaleza pública del delito, la pena y el proceso fue un notable progreso histórico, hoy se sabe que la víctima, contrario a cierto prejuicio muy extendido, exige y espera, no exclusiva ni prioritariamente, una compensación económica.

De hecho, los programas de reparación más eficaces que han sido ensayados en otras latitudes consisten en: 1) La realización de prestaciones “personales” a favor de la víctima, o 2) Una reparación “simbólica” en beneficio de la comunidad. No obstante lo expuesto, las bases precedentes de la neutralización de la víctima no se sostienen hoy en día. Si bien es verdad que actualmente, si se analiza el Código Penal y el Código Procesal Penal –y la legislación complementaria y las normas modificatorias–, no puede ya decirse que la participación de la víctima en el conflicto penal se desarrolla solo a efectos de determinar la responsabilidad civil [GARCÍA CAVERO].

C. La justicia penal, en tal virtud, debe revalorar con más ahínco el papel que juega la víctima en el drama criminal y en el proceso penal –la idea central de dignidad de la víctima, en tanto mínimo ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales [SANZ HERMIDA]– es el eje clave que explica el signo de los cambios normativos y propuestas político-criminales hoy en día–. El Ordenamiento, por consiguiente:

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

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

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

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

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

Enfatizar todo lo expuesto, desde luego, (i) impide convertir a la víctima en agente impulsor de reformas penales autoritarias y en estandarte de un populismo punitivo exacerbado [JERICÓ OJER, 2014: 714], y (ii) justifica cuestionar la tendencia a la “*contrailustración*”, de una opción sin ninguna posibilidad de ponderación por la impartición de justicia eficiente –evitar la impunidad y esclarecer los hechos de modo que permita consolidar los cargos contra el imputado– en desmedro de la justicia formalizada –reconocer la vigencia de las garantías procesales y de los derechos individuales del imputado para evitar los desmanes del Estado–. Además, se debe contener la concepción que tras la víctima se desarrolla asumiendo lógicas de privatización del Derecho penal, que no es más que un medio para crear más Derecho penal, en donde la víctima sirve como una herramienta para el objetivo político de fomentar la reducción de los derechos civiles [ALBRECHT].

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

Los enfoques reformistas han dado lugar a numerosas propuestas político criminales y alternativas normativas, tanto en el Derecho penal material, en el Derecho procesal penal y en el Derecho de Ejecución penal –de variada factura y resultados–, cuanto en el Derecho Internacional. Son especialmente llamativas en este último ámbito, primero, los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso del Poder, adoptados por Resolución de las Naciones Unidas núm. 40/34, de 24-11-1985 –completada en 1989 por las Reglas para la aplicación de dicha declaración, aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas–; segundo, la Directiva núm. 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25-10-2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; y, tercero, el Reglamento de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Las normas de Naciones Unidas y los diversos Convenios (contra la Tortura, Derechos del Niño) y Declaraciones Internacionales (Cartas de Derechos de las Personas ante la Justicia en el espacio judicial iberoamericano de 2002, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad de 2008) tienen un peso importante, por lo menos, más allá de que los Tratados Internacionales se incorporen en la legislación interna de los Estados, para la interpretación del Derecho nacional [LLOBET].

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

Este estudio lo centraré, en esa perspectiva, en lo que el sistema penal peruano tiene incorporado, aunque por su extensión solo en dos aspectos que el Derecho procesal penal nacional en orden al denominado “Estatuto procesal de

la víctima” tiene planteado como puntos especialmente debatidos: **1.** Víctima y reparación. **2.** Requerimiento fiscal y decisión judicial: víctima como parte procesal en el proceso penal común (querellante conjunto *vs.* querellante adhesivo).

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

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

- 1.º En la posibilidad de ser integrada como uno de los fines de la pena, como reemplazo o sustituto de las penas tradicionales. Ello, según una concepción, será factible siempre en determinados supuestos respecto de los hechos de mínima o mediana gravedad en los que la necesidad de pena decaiga, es decir, si con la sola reparación se satisface aquél *plus* de afectación de la generalidad que contiene todo hecho punible [MAIER]. En estos casos, se entiende, es posible colocar la reparación delante de la pena, pues ésta no debe dificultar más de lo indispensable la compensación del daño causado, los acuerdos reparatorios y su cumplimiento. Desde luego, de esta consideración favorable a la reparación están excluidos los hechos punibles graves, los que ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella; hechos que, en la mayoría de las veces, resultan irreparables naturalmente y en los que se conserva viva la idea retributiva del castigo—. Pese a ello, tal posición que si bien rechaza el abolicionismo penal y se inserta en la configuración de un sistema mixto de solución del conflicto penal: comunidad y víctima, y sigue en nuestro país VILLAVICENCIO TERREROS, presenta problemas por las antinomias que de hecho crea por la mezcla de ambas perspectivas [SILVA SÁNCHEZ].

Al respecto, esta “tercera vía”, siguiendo a ROXIN, podría servir más a los intereses de las víctimas que con una pena corta privativa de libertad o una pena de multa —que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor—, tanto más si investigaciones empíricas han

demostrado que tanto al lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima. La reparación del daño, en esas circunstancias, también contribuye esencialmente a la consecución de los fines de la pena –pero no es una pena–. Tiene un efecto resocializador –fomenta un reconocimiento de las normas y el autor se enfrenta con las consecuencia del delito y aprende a conocer los intereses legítimos de las víctimas–; de igual manera, es muy útil para la prevención integradora al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz pública. Por ende, la reparación sustituirá, como “tercera vía”, a la pena, o la atenuaría complementariamente, allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada [ROXIN]. Este criterio busca integrar la orientación a la víctima en la lógica de la función del derecho penal [GARCÍA CAVERO] y define el efecto de la reparación como atenuación de la pena o, incluso, como posibilidad de sustitución de la pena [POLAINO NAVARRETE], aunque debe tomarse en consideración que en muchísimos casos la reparación, como tal, no tiene en cuenta el plus de antijuricidad por el hecho y que una difusión de la reparación puede favorecer a los más poderosos económicamente.

A las dos posiciones favorables, según grados, a la reparación desde una perspectiva del derecho penal, cabe oponer, sin embargo, con SCHÜNEMANN, que el derecho penal busca prevenir acciones socialmente dañosas prohibiéndolas bajo amenaza de pena, lo que excluye por sí una separación radical del derecho penal con la moral social, y la reducción del derecho penal a una forma de responsabilidad por daños –el derecho de daños no comunica el mensaje de que la conducta lesiva socialmente debe ser omitida, sino más bien que es objeto de compensación económica– [SCHÜNEMANN]. El reemplazo de la pena por la restitución es, por consiguiente, una paradoja que empero solo debe aceptarse en alcances muy limitados –en delitos cuya incidencia no es tan grave, la reparación puede cumplir una función reestabilizadora, por lo que no sería necesario imponer adicionalmente una pena [GARCÍA CAVERO]–. La prevención general positiva es amenazada cuando la única consecuencia es la compensación económica, que pertenece al derecho civil y no comunica desprecio moral. Desde la prevención general, la reparación solo puede ser

justificada en dos circunstancias: (i) casos de expiación genuina y (ii) donde la conducta realizada deba haber sido descriminalizada [SCHÜNEMANN]. En esta línea, la pena concreta la vindicta pública justa del hecho y de la prevención que de ella parte hacia el autor y la generalidad; asimismo, no puede desconocerse que el análisis penal de un caso representa sólo un capítulo de su solución jurídica, de suerte que para su conclusión jurídica completa también pueden jugar un papel muchas otras zonas del orden jurídico, como sería el caso del derecho resarcitorio de los daños [HIRSCH].

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

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

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

- 2.º Como privilegio que aminora la reacción establecida, ya dentro del ámbito de la determinación de la pena o en el área de las posibilidades de remisión, total o parcial, de la pena (en este último caso, es un problema del derecho de ejecución penal ¿deben las víctimas intervenir en los incidentes de ejecución de anticipación de libertad de los penados?). Desde luego, la decisión legislativa en este sector del ordenamiento precede al derecho procesal.
- B.** En el Derecho procesal penal el debate se encuentra en la participación acordada de la víctima en el proceso penal, o de su posición en él. En especial, se tiene:
- 1.º La mejora de su posición cuando informa como testigo del hecho punible, para crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa: protección frente a la segunda victimización.
 - 2.º El reconocimiento de la posibilidad de perseguir en el proceso penal común (el objeto penal del proceso penal), juntamente con el Ministerio Público o adhiriéndose a su persecución (intervención conjunta o adhesiva): concesión de derechos de control del ejercicio de la acción penal pública. En todo caso, el reconocimiento de un determinado papel en la persecución del delito, es lo crítico. ¿Se puede conceder al agraviado, como mínimo, un papel de colaborador, ejerciendo tareas de control y complementación? [MAIER]. Todo, como veremos, indica que sí.
 - 3.º La creación de institutos procesales que privilegien la reparación a él debida.

3.2. Víctima y reparación

En las definiciones elaboradas por la doctrina se observa una doble tendencia en la definición del término víctima. Existe un concepto amplio y un concepto restringido. MENDELSON es el representante de la primera concepción, que entiende la víctima como la persona afectada por cualquier acción humana o natural –por diversos factores de origen físico, psíquico, social o político, así como ambientales o técnicos–. La segunda concepción es la más aceptada, que se limita a la legislación penal preexistente; siguiendo a VON HENTING se tiene que víctima era aquella persona que había sido lesionada objetivamente en alguno de

sus bienes jurídicamente protegidos y que experimentaba subjetivamente el daño con malestar o dolor [PÉREZ RIVAS].

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

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

El Código Procesal Penal tiene una norma - principio: el artículo IX. 3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que reconoce el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal de la víctima, afirma la inclusión de garantías para su protección e impone un trato acorde con su condición. Ello permite sostener que la tutela de la víctima es uno de los fines del proceso penal nacional.

De otro lado, el Código Procesal Penal, bajo la denominación de “sujetos procesales” en la Sección IV del Libro I, dedica el Título IV a la víctima –esa es la denominación que asume–, en tanto figura principal o común, con un total de 14 artículos, divididos en tres Capítulos. La víctima comprende tres instituciones: agraviado, actor civil y querellante particular. En pureza, desde una perspectiva general, la noción de “agraviado”, tradicional en nuestro ordenamiento procesal, se identifica con la de víctima como denominación procesal universal.

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

Cabe insistir que el sujeto pasivo del delito es el titular del bien protegido por la norma y ofendido por el hecho ilícito; no lo es cualquier persona que sufre

un eventual daño del delito, sino solo el titular del bien objeto jurídico del delito y, por lo tanto, aquel que padece la ofensa *esencial* para la subsistencia del delito. El perjudicado civilmente por el hecho delictivo, es quien padece un daño resarcible; es el titular del derecho de restitución y al resarcimiento y que puede constituirse en actor civil en el proceso penal; es quien coincide por regla con el sujeto pasivo del delito, pero no necesariamente [MANTOVANI].

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

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

El citado artículo 94 del CPP, además, precisa: **1.** Que en casos de delitos con resultado muerte tienen la condición de víctimas directas los establecidos en el orden sucesorio previsto en el artículo 816 del Código Civil. **2.** Que respecto de las personas jurídicas, son agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros, cuando el delito ha sido perpetrado por quienes las dirigen, administran o controlan –que es una noción amplia, más allá de las estrictas regulaciones del derecho civil y mercantil–. Y, **3.** Que **(i)** en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos –cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas: víctimas colectivas– o **(ii)** en los crímenes internacionales –previstos en el derecho internacional penal convencional–, podrán ejercer los derechos de los ofendidos directamente por el delito las diversas asociaciones cuyo objeto social

se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad al delito.

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

Cabe aclarar, desde ya, que no es posible pretender construir en sentido estricto una “igualdad de armas procesal” entre imputado y agraviado –la extensión de los derechos del agraviado, obviamente, no puede concretarse a costa de las garantías procesales del imputado–. Ello es así porque la faz jurídico penal del proceso penal se refiere al problema de la existencia de la pretensión punitiva del Estado, de suerte que el acusado, en esa virtud, es aquel para quien todo está en juego; el ofendido, en cambio, es alguien para quien, en relación con lo precedentemente expuesto, sólo poco está en juego [HIRSCH].

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

El primer derecho es el de información de las actuaciones de la causa y de su resultado: de las actuaciones concretas y de la conclusión del procedimiento, siempre que lo solicite. El segundo derecho es el de ser escuchado, si lo solicita, cuando la decisión implique extinción o suspensión de la acción penal. El tercer derecho es el de impugnar el sobreseimiento y sentencia absolutoria. El cuarto derecho es el de recibir, en las diligencias en que intervenga, un trato digno y

respetuoso, así como el derecho a la protección de su integridad; y, en procesos contra la integridad sexual, el derecho a la preservación de su identidad. El quinto derecho está reconocido en el artículo 95 del CPP, que estatuye que la víctima tiene el derecho a que se le informe de sus derechos cuando interponga denuncia, cuando declare preventivamente o en su primera intervención en la causa. El sexto derecho, se refiere a la seguridad y protección de la intimidad de las víctimas; los artículos 248 y 249 del CPP son especialmente relevantes y cubren los aspectos más sensibles para evitar victimizaciones secundarias.

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

Respecto al interrogatorio de la víctima en el acto oral, se tiene la regla especial del artículo 171.3 del CPP. Hace mención a los testimonios de menores y personas víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente –que es una noción muy amplia–. En estos casos se podrá recibir en privado, además el juez dictará las medidas para garantizar su integridad emocional y la intervención de un perito psicólogo para llevar a cabo el interrogatorio, así como permitirá la asistencia de un familiar. Otra opción está contemplada en el artículo 380 del CPP cuando el testigo víctima declara en el acto oral: primero, si es de temer que no dirá la verdad si el reo está presente, puede disponer su exclusión de la Sala de Audiencias; y, segundo, si el interrogado es de un menor de 16 años y la presencia del reo fuere perjudicial para él, o lo que puede informar genere un peligro para su integridad, puede desalojar al imputado.

La vulnerabilidad, que no es un concepto cerrado, como enfatizó la STJUE, de 16-6-2005, Asunto Pupino. Puede ser definida desde diversos parámetros: en primer lugar, desde presupuestos subjetivos, atendiendo a su fragilidad física o mental (menores, discapacitados, etc.); en segundo lugar, desde presupuestos fácticos, teniendo en cuenta las situaciones que pueden crear tal fragilidad (violencia sexual, terrorismo, criminalidad organizada); finalmente, desde una consideración más amplia que pone especial énfasis en valorar las circunstancias concretas de una víctima en relación al asunto concreto (víctimas que no están en condiciones de soportar una audiencia y su contribución es necesaria para establecer la verdad, como postula por ejemplo el ordenamiento alemán) [SANZ HERMIDA, 2008: 38].

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

Ante el riesgo de una excesiva victimización del menor de edad en estos delitos –incremento del sufrimiento al revivir experiencias traumáticas–, puede limitarse su llamada a la causa como testigo, sustituyéndose la información por otros medios de prueba documentales, indirectos o referenciales (STEDH, asunto S.N. vs. Suecia, de 2-7-2002); así como, utilizarse el recurso de la anticipación de prueba (STJUE, asunto Pupino vs. Italia, de 16-6-2005) [MONTESINOS GARCÍA, 2017: 241]. Incluso, si no ha sido posible acudir al testimonio del menor agraviado, es dable apostar por los testigos de referencia y/o por su declaración preliminar o sumarial, en tanto se haya garantizado en lo posible el principio de contradicción (SSTSE de 1-7-2002 y de 2-6-2006).

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

Primero, las específicas disposiciones que en materia de agresión sexual y de víctimas vulnerables tiene el RPPrCPI –aunque parte de ellas han sido asumidas por la legislación procesal nacional–, tales como la exclusión de todo interrogatorio acerca de su honorabilidad, credibilidad o disponibilidad sexual; las prevenciones en el interrogatorio cuando se incide en el consentimiento al acto sexual que habría prestado la víctima; y, el impedimento del hostigamiento e intimidación en el interrogatorio (artículos 70, 71 y 88.5 del CPP; y, en especial, la Ley número 30364, de 23-11-2015, y su Reglamento por Decreto Supremo número 009-2016-MIMP, de 27-7-2016).

Segundo, la realización de intervenciones corporales a las víctimas. El artículo 212 del Código Procesal Penal, de fuente germana, autoriza el examen corporal por delitos que superen los cuatro años de pena privativa de libertad de agraviados, sin su consentimiento, para constatar si en su cuerpo se encuentra determinada huella o secuela del delito –son medidas realizadas en el cuerpo y no sobre el cuerpo, de suerte que el bien jurídico afectado es la integridad física, no la intimidad–. Los exámenes para la verificación de descendencia y extracción de análisis sanguíneos, sin consentimiento del examinado, se realizarán siempre que no esté en riesgo su salud y sea indispensable para la averiguación de la verdad. Es evidente que estas diligencias se efectuarán por personal especializado y con la presencia de una persona de confianza que la víctima designe.

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

Tercero, existen derechos extraprocesales de la víctima, sean o no partes en el proceso penal –se trata del derecho a una tutela “hacia afuera”, de una ayuda social [BERTOLINO, 1997: 61]–. Son los derechos (i) de asistencia (atención médica inmediata, de indicación de sus derechos, de defensa letrada, etc.); (ii) de ser incluidos en programas de ayuda estatal (tratamiento psicológico, apoyo laboral, promoción social, ayudas económicas o indemnizaciones –en este caso no un resarcimiento civil, sino un seguro social para aquél que haya sufrido graves daños para su salud o capacidad laboral por un delito y no puede, por otra vía, obtener compensación alguna [ESER]–); y, (iii) de tutela en situaciones de crisis (casas-refugio, etc.). Si bien en el área de violencia de género la ley de la materia tiene incorporado, parcialmente, estos mecanismos, en los demás delitos no se cuentan con estos programas. En el Ministerio Público, Poder Judicial y Ministerio de Justicia deben instituirse las Oficinas de Atención a la Víctima para cumplir con estas tareas de modo ordenado, en plena relación con las demás instituciones públicas, regiones y municipios, para facilitar el apoyo a las víctimas.

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

El ámbito de la reparación civil, como la denomina el artículo 92 del CP, incluye la restitución del bien –reintegro de la cosa a quien, a consecuencia del delito, ha sido desposeído de ella– y, si no es posible, el pago de su valor –reparación del daño–; y, la indemnización de daños y perjuicios –todo mal derivado directamente del delito, que puede ser material (privación o disminución del patrimonio, que comprende el daño emergente y el lucro cesante), o moral

(sufrimiento físico o psíquico o el perjuicio social), pero también el daño a la salud o biológico: integridad psicofísica, y el daño existencial: compromete la esfera de realización de la persona humana [MANTOVANI]— (artículo 93 del CP). El artículo 11.2 del CPP también comprende la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan para garantizar la restitución del bien, bajo los parámetros del artículo 15 del CPP.

Esta perspectiva, tradicional o civilista, la proyecta el Derecho penal, entre otros supuestos, al contemplar la reparación tanto como una circunstancia de atenuación para la medición de la pena (artículo 46.1'f' del CP), cuanto como una regla de conducta para la condena condicional y la suspensión del fallo condenatorio (artículos 58.4 y 64.4 del CPP) o para su revocación (artículos 59 y 65 del CP), y para conceder los beneficios penitenciarios (artículos 50-A.4 y 55-A.4 del Código de Ejecución Penal). La reparación, empero, como se ha señalado, solo se define en términos monetarios o económicos. De igual modo, la reparación, en esa misma perspectiva, permite al Fiscal evitar el procesamiento penal según los criterios de oportunidad reconocidos en el artículo 2 del CPP —que incluye delitos de mediana gravedad—.

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

En esta misma línea, es de apuntar, primero, que la reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, volver las cosas al estado anterior (comisión punible) o como debía ser conforme a las previsiones de ley (en la omisión punible) —restitución al *statu quo ante*—; segundo, la reparación puede ser *in natura* o, cuando no es posible, resarcimiento por perjuicios; y, tercero, puede comprender sustitutos, como las prestaciones alejadas del daño original,

que obligan en principio a un diálogo que dé lugar a un acuerdo compensatorio entre víctima y victimario [MAIER].

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

3.3. Víctima e intervención procesal

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

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

La persecución penal, según el artículo 159.4 de la Constitución, corresponde al Ministerio Público. El Fiscal es quien ejerce la acción penal, luego, no es posible que otro órgano o persona lo haga por él. El Código Procesal Penal,

en esa virtud, le concede el monopolio de la acción penal: inicia el proceso – pero puede recibir la denuncia de las víctimas o de cualquier persona–, dicta la disposición de inculpación formal, formula los requerimientos de sobreseimiento y acusatorio, e interpone los recursos pertinentes en defensa de la legalidad y del interés persecutorio.

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

Pero, ¿Es posible instituir la figura del “querellante adhesivo”? Constitucionalmente, no existe ningún obstáculo, puesto que esta institución, común por ejemplo en la Argentina y en Alemania (artículo 395 OPP), no actúa autónomamente con un interés propio en el objeto penal; colabora con el Ministerio Público. La posición preferente o principal de la Fiscalía se mantiene, mientras el actor adhesivo solo tiene ciertos derechos de cooperación [ESER, 1992: 24]. Existen muchas modalidades de querellante adhesivo (figuras puras o impuras, como se advierte de la legislación provincial y nacional argentina). Lo más saltante, sin embargo, es que el querellante adhesivo debe estar facultado para constituirse como tal en ofendido por el delito –se centra en el ofendido, en cuanto elemento que pertenece a la estructura del delito; no en el damnificado o perjudicado, que refleja la naturaliza privatística del ilícito civil (Sentencia de Casación – Italia, de 20-2-1987)–. Esta institución procesal se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal. Se reconoce que el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales [Proyecto MAIER]. La tesis favorable a esta institución se debió a distintas circunstancias, entre ellas la moderna corriente victimológica y el agobio del Ministerio Público para atender a la persecución [CREUS].

Una tal institución se reconoció en el Proyecto de Código Procesal Penal de noviembre de 2003 –sobre el particular, la influencia del Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988 fue decisiva, así como el Código Procesal Penal de la Nación, Argentina–, pero no se aceptó en la Comisión que elaboró el Código Procesal Penal de julio de 2004. La víctima, en esta tesis, está facultada para formular denuncia ante el Ministerio Público, proponer autónomamente medios de investigación y de prueba, intervenir en todos los incidentes, instar el procedimiento para forzar la acusación o, en su caso, previa impugnación ante la

posición del Fiscal, sostener los cargos o lograr que se designe un nuevo Fiscal para que formule acusación y la defienda en el acto oral, así como interponer recursos, señaladamente el de casación [CREUS].

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

La víctima tiene derecho a la verdad y a participar en el proceso. Puede solicitar pruebas e intervenir en la actuación probatoria, así como formular alegaciones sobre ella e instancias sobre la pretensión penal. Es claro: presenta instancia, pero no es quien debe formular la acusación, que por imperio constitucional corresponde al Ministerio Público. Su posición es adhesiva, no autónoma. Insta la acusación y propone, si mediara acusación, una pena dentro de la ley, de suerte que con su intervención se amplía los poderes del juez para determinarla conforme a las reglas legales de medición de la pena.

Finalmente, en la jurisprudencia del Código Procesal Penal de 2004 se ha venido discutiendo los poderes impugnatorios del actor civil cuando media sobreseimiento y sentencia absolutoria.

La Sentencia Casatoria núm. 413-2014/Lambayeque, de 7-4-2015, expresó que contra una sentencia absolutoria, la apelación del actor civil no tiene posibilidades de prosperar y, por ende, ante la afirmación del principio acusatorio, solo cabe ratificarla. En ese sentido, la Ejecutoria Suprema núm. 1969-2016/Lima Norte, de 1-12-2016, sobre la base del Código de Procedimientos Penales, decidió en igual sentido. Ambos fallos fueron expedidos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

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

Dos de los elementos que integran el contenido constitucionalmente protegido de la tutela jurisdiccional son, primero, el derecho a tener el status de parte y plantear sus pretensiones para la afirmación de sus derechos e intereses

legítimos con plena igualdad procesal –dato último que integra, además, la garantía del debido proceso–; y, segundo, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho.

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

Si las instituciones procesales del sobreseimiento y de la sentencia absolutoria están sujetas a requisitos preestablecidos en la ley, su incumplimiento muy bien puede ser controlado en vía recursal. El ámbito del poder de revisión del Tribunal Superior en grado, sin duda, como consecuencia del principio acusatorio, es menos intenso ante un sobreseimiento o ante una absolución no recurrida por el fiscal, pero de ninguna manera exigua o insignificante. De por medio está el principio de legalidad procesal, incardinado en la garantía del debido proceso. El control puede y debe incluir: **1)** La irreprochable aplicación del Derecho penal material –base del funcionamiento del sistema penal en su conjunto y, en especial, del derecho sustantivo–; **2)** La acertada aplicación de los requisitos legales del sobreseimiento y de la absolución –legalidad procesal–; **3)** La razonable valoración individual y conjunta de toda la prueba relevante para la decisión del asunto; **4)** La correcta y completa mención de los medios de investigación y de pruebas, según el caso (apropiada traslación de su contenido y la inclusión en el análisis de la prueba pertinente); y, **5)** La debida motivación del material de prueba –control de logicidad– y del derecho material.

La reparación civil –que es una parte, no toda, de lo que se entiende por responsabilidad civil– integra el objeto civil acumulado al proceso penal. La

víctima, incluso el actor civil, solo tiene legitimación respecto de la reparación civil. Cuando ésta es negada por un sobreseimiento o absolución, y no recurre el Ministerio Público, sin duda, no es posible que la decisión del *Iudex Ad Quem* comprenda el objeto penal, no impugnado; hacerlo importaría una incongruencia *extra petita*. Lo relevante en estos casos es examinar si la legalidad civil y procesal civil se han cumplido; es decir, verificar si se está ante una conducta dañosa en los marcos del Código Civil, si el material probatorio así lo determina a partir de las reglas del Código Procesal Civil, y si la motivación de la resolución es compatible con estas exigencias legales. No es de recibo comprobar si el objeto penal, no impugnado, ha sido dilucidado correctamente, pues el Ministerio Público –único legitimado para hacerlo– no lo impugnó, de suerte que ya causó cosa juzgada parcial en este punto.

El principio acusatorio determina el objeto penal del proceso penal, no así el objeto civil del proceso civil, dominado por el principio dispositivo. No cabe confusión de materias y de roles. Una lógica de partes, cada una en su papel, rechaza que se decida un punto no impugnado o que una parte ajena a esta legitimación lo plantee por el Ministerio Público. Así lo tiene decidido la Corte Suprema (Sentencia Casatoria 2194-2022/Tumbes, de 29-3-2023).

LECCIÓN OCTAVA

LAS PARTES ACUSADAS

I. EL IMPUTADO

1. Concepto

El imputado es la parte pasiva necesaria penal del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente a la privación de libertad, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia [MORENO CATENA]. Contra él se dirigen, fundamentalmente, las actuaciones procesales [VEGAS]. Constituye la suya una posición defensiva, en la que también participa, por lo general, un abogado defensor; ambos ocupan una posición común: la defensa frente al reproche formulado por el Ministerio Público [SCHLÜCHTER]. La regulación está en el Libro Primero, Capítulo I, del Título II del CPP: artículos 71-79 CPP.

El interés del imputado se custodia afirmando el principio de la personalidad, lo cual dimana tanto de la presunción de inocencia y del principio acusatorio (que integra la garantía del debido proceso), cuanto de la garantía de defensa procesal. Se tiene desde este principio, como ya se examinó oportunamente, las reglas de (i) prohibición del procedimiento *ex officio* y de (ii) limitación fáctica del fallo – que integran el principio acusatorio–, así como (iii) la regla de la incoercibilidad del imputado. Esta última regla concibe al imputado como un sujeto procesal incoercible. Ello no significa que no se lo pueda detener, incomunicar, custodiar por la fuerza pública. En su forma más amplia, plantea la imposibilidad de poner en ningún caso al imputado en la necesidad de destruir o confirmar por sí su estado de inocencia, y en su aplicación concreta significa que no se puede constreñir al imputado a actuar en su contra, ni se le puede impedir toda legítima actividad que tienda a su defensa. De esta regla, de relevancia constitucional, se derivan como corolarios las siguientes reglas: (i) prohibición de influencias de cualquier modo para obtener del imputado prueba en su contra; (ii) prohibición de exigir prueba

de descargo al imputado –probar, para él, no es una carga, sino un derecho y nada más que un derecho–; y, (iii) necesidad de que el imputado actúe estando libre en su persona –lo cual, por cierto, no impide su custodia cuando comparece al acto estando detenido o cumpliendo prisión preventiva, medida que en todo caso debe ser la excepción– [CLARIÁ].

La condición de imputado –legitimación pasiva– se adquiere cuando se es objeto de una imputación por la comisión de un hecho punible, directa o indirecta, formal o informalmente. Se pierde cuando finaliza el proceso: absolución, con la misma sentencia firme; y, condena, cuando culminan las actuaciones procesales de ejecución forzosa. La Constitución (artículo 139.14) no exige un acto formal de imputación, solo exige que la persona, perfectamente identificada y determinada, sea citada o detenida por la autoridad. Su debida identificación ha sido abordada en el Acuerdo Plenario n.º 7-2006/CJ-116, de 13-10-06.

Se discute el carácter del acto de imputación que permite reconocer formalmente a una persona el estatus de imputado. El elemento en mención, que integra el contenido esencial del concepto de imputado, parecer ser, en estricto derecho, la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 336 CPP), que otorga la dimensión propiamente procesal a quien antes solo fue un imputable –palabra de Carnelutti– o sospechoso –el vocablo implicado se utiliza en el argot policial–, en tanto en cuanto aún no se constituyó la relación jurídico-procesal. El sospechoso –sometido a una indagación preprocesal– puede o no llegar a ser imputado: sujeto pasivo del proceso penal. Tal precisión, desde luego, no supone –desde lo que se denomina imputación impropia, que es meramente descriptiva, no técnico-dogmática– que aquel carezca de derechos y garantías frente a los órganos encargados de las diligencias preliminares –policiales o fiscales–, pues la Constitución y el CPP se los reconoce, y con amplitud –aunque ha de entenderse que estos engloban el núcleo esencial del derecho de defensa, básicamente el de defensa técnica y la efectividad de su participación en las indagaciones– [RENEDO ARENAL].

El término que el “imputado” o “encausado” cabe vincularlo a la progresiva incriminación del sujeto en el curso del procedimiento penal, depende del grado de conocimiento que se tenga acerca del autor del hecho punible. Se construye a partir de los cuatro niveles de conocimiento:

- A. Posibilidad. Aptitud, potencia, vocación de que algo exista o suceda, es decir, quien por alguna circunstancia –oportunidad, medios o motivo–, puede pensarse que participó en la comisión del delito;

- B.** Probabilidad. Cualidad fundada de que algo pueda suceder, esto es, cuando la posibilidad de haber cometido un delito se consolida al parecer en la investigación de algún hecho que lo relaciona con él;
- C.** Verosimilitud. Apariencia de verdadero o con posibilidad de ser creído, vale decir, como consecuencia de lo investigado, al desecharse otra hipótesis incriminatoria alternativa, es viable articular un relato de hechos donde aparece como partícipe del hecho delictivo; y,
- D.** Certeza. Conocimiento seguro y evidente de que algo es cierto, es el último grado en la convicción y el conocimiento, en cuya virtud cualquier hipótesis alternativa sobre un hecho es inadmisibile.

Al primer nivel se corresponde con el implicado o sospechoso, al segundo nivel con el indiciado, al tercer nivel con el inculgado, al cuarto nivel con el acusado, y al quinto nivel con el condenado [BANOCLOCHE].

2. Capacidad

Los requisitos subjetivos para ser imputado, como en el proceso civil, son capacidad para ser parte y capacidad procesal; también se incluye la legitimación.

2.1. Capacidad para ser parte

Esta noción indica, procesalmente, quién aparece como sujeto activo del delito: el imputado –aptitud para ser titular de los derechos y deberes propios del sujeto pasivo–. Responde a la exigencia de quién puede ocupar la posición de imputado en el proceso penal. Desde el punto de vista del derecho penal tal capacidad solo puede atribuirse a las personas físicas vivas –la muerte del imputado es una causal de extinción de la acción penal, ex artículo 78.1 CP–, aunque este alcance está en crisis con lo dispuesto por los artículos 104 y 105 del Código Penal respecto de las personas jurídicas, que expresan ciertamente un relajamiento del aforismo *societas delinquere non potest*.

2.2. Capacidad procesal

En general, es la aptitud para realizar válidamente actos procesales; vale decir, es la aptitud mental y corporal para seguir el procedimiento y poder hacer valer en él las propias razones [GÓMEZ ORBANEJA]. En el derecho procesal penal –reflejo del derecho penal– la falta de capacidad procesal no guarda relación con la plenitud en el ejercicio de los derechos civiles, sino que, en lugar de estar basada

en razones jurídicas, como en el proceso civil, está relacionado con una situación de hecho como es la aptitud natural para seguir en el procedimiento penal y valorar adecuadamente las actuaciones que en él realice [FERREIRO]. Se refiere a la imposibilidad de hecho de intervenir conscientemente en el proceso. Hace referencia, de este modo, a la minoridad, y a la anomalía psíquica grave, a la grave alteración de la conciencia, a la grave alteración en la percepción y, en general, a cualquier enfermedad que impida la actuación, esa actitud mental y corporal necesaria para actuar en juicio. Cabe precisar, sin embargo, que la minoridad –artículo 20.2 CP– y la anomalía síquica grave en general –artículo 20.1 CP– prohíbe, en todo caso, que esos sujetos puedan ser objeto de acusación, puesto que se convierten más que en un óbice para la condena, en un óbice de procedibilidad [BANACLOCHE].

Propiamente, sin embargo, en el proceso penal no se plantea una capacidad que pueda suplirse mediante un representante legal –no se toma en cuenta para nada la capacidad jurídica de obrar, o para el ejercicio de los derechos, en el sentido del derecho civil–. Por consiguiente, el único caso de incapacidad procesal que establece la ley es la inimputabilidad, sin desconocer, por cierto, los casos de enfermedad duradera, que constituye un óbice para la prosecución de la acción penal. El menor puede actuar válidamente en el proceso para alegar esta circunstancia y lograr la resolución judicial de inhibición (artículo 74 CPP) [MORENO CATENA]. Es de aclarar que la inimputabilidad genera la incapacidad procesal del sujeto, pero no porque tengan esa consideración sustantiva, sino porque la persona carece de la aptitud necesaria para intervenir en el proceso y, naturalmente, no es posible suplir la incapacidad de la parte pasiva; es decir, de comprender el significado del proceso penal [QUINTERO OLIVARES].

El CPP regula dos situaciones con relación a la anomalía psíquica de tipo grave:

- A. **Anterior al delito.** Como es causa de inimputabilidad, se dispone la realización, por el juez de la investigación preparatoria o el juez penal, de un examen por perito especializado. Una vez recibido el informe pericial, previa audiencia, con intervención de las partes y del perito, si se considera que existen indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad y que esta continúa: se procede a la incoación del procedimiento de seguridad. Este último requiere un juicio previo de peligrosidad. Por el contrario, si el juez se persuade de que el imputado no es inimputable, ordenará continuar el proceso (artículo 75 CPP).

- B. Sobrevenida.** Es posible que la enfermedad sobreviniera después de cometido el delito: el juez de la investigación preparatoria, de oficio o a solicitud de parte, ordenará un examen por perito especializado. Una vez evaluado el examen, previa audiencia con citación de las partes y del perito, si el juez constata la enfermedad que le impide continuar con la causa, suspende la causa hasta que la evolución de la enfermedad haga posible iniciarlo. En este caso dispondrá, si correspondiere, el internamiento del imputado en un centro hospitalario especializado.

En ambos casos, como cuando el imputado sufre de alguna enfermedad, evacuado el dictamen pericial, previa audiencia con intervención del perito respectivo, el médico legista, especializado en psiquiatría, puede ordenarse el internamiento en un centro hospitalario estatal –salvo defectos de infraestructura y especialización, en los que puede disponerse la atención en una clínica privada (artículo 77 NCP)–. El internamiento hospitalario será objeto de informe trimestral, sin perjuicio de que se disponga un examen pericial oficial en cualquier momento. El informe hospitalario o clínico servirá para renovar el internamiento o disponer su cese o variación.

2.3. Legitimación pasiva

Legitimado pasivamente está todo aquel que adquiere la condición de imputado. Es una mera cuestión de hecho, basta la imputación para conferirle legitimación; no hace falta una resolución judicial ni un emplazamiento formal. A partir de la imputación puede intervenir en el procedimiento, procurando su defensa. No es necesario nada más.

El imputado al final del proceso puede ser absuelto, pero ello no podrá suponer que ha actuado sin legitimación; solo significará que el juicio sobre su culpabilidad se ha resuelto negativamente. Es por ello posible adquirir y perder la legitimación a lo largo del proceso. Cuando la imputación desaparece, desaparece también la legitimación pasiva, y el sujeto habrá de salir del procedimiento penal [MORENO CATENA].

2.4. Postulación

Rige la regla general de la necesidad de que el imputado ha de ser defendido por abogado defensor. Se trata, por tanto, de aquella exigencia legal de que el imputado, y otras partes con capacidad procesal, comparezcan defendidas por un

abogado a fin de poder realizar válidamente actos procesales. La defensa técnica en sede penal tiene jerarquía constitucional y convencional –es, además de una garantía constitucional, un requisito que se impone al órgano jurisdiccional, en cuya virtud no pueden realizar el proceso e imponer penas si no existe abogado del imputado [MONTERO AROCA]–. El fundamento de este requisito estriba en la existencia constitucional de que la tutela jurisdiccional ha de ser efectiva sin que en ningún caso se produzca indefensión o, con más precisión, de la garantía de defensa procesal, por lo que, debido a la complejidad actual, tanto del derecho material, como del procesal, se le ocasionaría una indefensión material al ciudadano, a la vez que se infringiría el principio de *igualdad de armas*, si se le permitiera acceder a un proceso personalmente, pudiéndolo hacer, provisto de abogado, la contraparte [GIMENO].

Lo expuesto no obsta a reconocer que ciertos actos, personalísimos, han de ser realizados por el propio imputado: actos de comparecencia, de declaración, de fijación de su identidad, sin perjuicio de aquellos actos propios de su autodefensa. En lo demás, se entiende que la intervención del abogado es preceptiva, señaladamente para la declaración del imputado (artículo 71.2d CPP).

3. Derechos

El imputado tiene derechos de actuación activo –de participación– y pasivo frente al poder estatal, asimismo de protección frente a los medios de comunicación.

3.1. Derechos de participación

También se les denomina derechos de actuación activos. Son:

- A. Constitucionalmente.** Se consagra a través del derecho de audiencia judicial, producto del derecho a la tutela jurisdiccional, al punto de que el imputado no puede ser pasible de un juicio en ausencia (artículo 139.3 y 12 de la Constitución). La Ley Fundamental garantiza la oportunidad de ser oído conforme a la ley, es decir, debe hacerlo valer en el modo y forma de ley –presupuesto de su ejercicio es la citación en debida forma del imputado–. Es de incluir, además, la garantía del debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución), y el respeto a su dignidad, así como de la garantía de defensa procesal, en especial del principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*: no se le debe forzar a declarar contra sí mismo, del que debe ser informado por

la autoridad penal, y debe declarar según su libre voluntad, cuya lesión determinará la prohibición de utilización del material obtenido.

- B.** **Legalmente.** El imputado tiene garantizado los derechos de instrucción de derechos, defensa material y de asistencia letrada, desde las primeras diligencias. Asimismo, se le reconoce el derecho de información –y, también, de efectivo cumplimiento por la autoridad fiscal– de seis derechos instrumentales de defensa: **(i)** conocimiento de cargos, **(ii)** comunicación de su estado de detención a quien designe, **(iii)** asistencia letrada, **(iv)** abstención de declarar y, si quiere hacerlo, de presencia y asistencia de un abogado defensor –incluso, se le tiene reconocido el derecho de ampliar su declaración cuando lo juzgue conveniente (artículo 86.1 CPP), siempre que no sea dilatorio o malicioso y se encuentre en tiempo hábil para hacerlo–, **(v)** de no ser tratado coactivamente ni sometido a técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, y **(vi)** de ser examinado por un médico cuando su estado de salud así lo requiera. Asimismo, cuando es interrogado tiene derecho a la comunicación de cargos y de las pruebas en su contra, a que pueda contar con un defensor, y a la actuación probatoria (artículo 87 CPP).

Adicionalmente, y en vía complementaria, el imputado tiene expedita una específica garantía de tutela jurisdiccional, concebida como una protección jurisdiccional especial a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria frente a las actuaciones de persecución penal, que no tengan origen jurisdiccional. Está contemplada en el artículo 71.4 CPP.

El objeto de esta garantía procesal, analizada ampliamente en el Acuerdo Plenario n.º 4-2010/CJ-116, de 16-11-10, abarca tres ámbitos:

- A.** El derecho de información de los derechos legalmente reconocidos –y su concreción en un acta–, previstos en el apdo. 2 del citado artículo 71 CPP.
- B.** El reconocimiento y efectividad de los derechos legales, que obviamente son aquellos seis fijados en el citado artículo 71.2 CPP y en el artículo 87 CPP.
- C.** La imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales.

Es de tener presente que estos tres ámbitos de la acción de tutela, por su carácter genérico, no reemplazan ni pueden ser articulados indistinta y, menos, conjuntamente con los remedios jurídicos que el CPP reconoce específicamente al regular las medidas de coerción y de búsqueda de pruebas y restricción de derechos o cuando prevé los pertinentes medios de impugnación.

El juez de la investigación preparatoria tiene una intervención activa frente a una solicitud de tutela: indagar sumariamente la realidad de los hechos alegados por el peticionario, citar a una audiencia con el concurso de las partes y decidir. En lo pertinente, se seguirán las reglas del artículo 8 CPP. El juez tiene poder de subsanación de la omisión –si la conducta denunciada fuere omisiva–, así como de corrección y protección, según si la conducta denunciada fuere comisiva o activa y merezca, adicionalmente, una medida judicial de satisfacción para superar la violación legal establecida.

3.2. Derechos de actuación pasivos

Es claro que el imputado es objeto de la coacción estatal en tanto debe soportar el procedimiento penal y, dado el caso, también debe tolerar intervenciones enérgicas, contra su voluntad, en su libertad personal o en su integridad personal. En este sentido es también un medio de prueba; pero, igualmente, es un sujeto procesal dotado de derechos autónomos dentro del proceso –según ya se ha detallado–. Desde la consideración del imputado como sujeto pasivo, su posición jurídica, sin embargo, está dotada de numerosas protecciones [ROXIN].

Son los siguientes:

- A. **Declaración voluntaria.** El imputado tiene derecho a que no se emplee contra él métodos coactivos ni se le someta a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad (artículo 71.2e CPP). No se puede atentar contra su autonomía personal, a la vez que se debe salvaguardar su dignidad y observar el principio de proporcionalidad.
- B. **Interrogatorio objetivo.** El imputado tiene derecho a que, previamente, se le invite a que declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho imputado. El interrogatorio, a continuación de su exposición, será directo. Las preguntas serán claras y precisas, no ambiguas, capciosas o sugestivas. Está prohibido coaccionarlo (artículo 88.3 y 4 CPP). Cuando hay fatiga o falta de serenidad, debe suspenderse la declaración (artículo 88.6 CPP).
- C. **Respeto de su dignidad.** El imputado declarará siempre libre, sin esposas u otros medios de seguridad, y sin la presencia de otras personas que las autorizadas a asistir. Si está preso, el interrogatorio se realizará en recintos cerrados para impedir la fuga o atentados contra la seguridad de las personas (artículo 89.1 CPP). En igual sentido, en juicio oral debe comparecer sin

ligaduras ni prisiones, acompañado de policías (artículo 367.6 CPP). Por último, aun cuando sea objeto de la coacción estatal, solo está obligado únicamente a tolerar las medidas instrumentales restrictivas de derechos y nunca a colaborar activamente para su realización.

- D. Derecho a la presunción de inocencia.** El fiscal debe probar los cargos. La prueba que justifique una condena debe ser legal, legítima y suficiente, valorada conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, razonada y razonablemente. En esa línea, la Policía está autorizada a informar a los medios de comunicación acerca de la identidad del imputado detenido, mas no mostrarlo como culpable del delito, ni a utilizarlo como un “logro” institucional (artículo II.2 del CPP). Este respeto al imputado, de cara a salvaguardar la presunción de inocencia que le asiste, cobra especial importancia en la fase de diligencias preliminares respecto a delitos contra el patrimonio.

3.3. Derechos de protección frente a los medios de comunicación

Los derechos del imputado deben ser respetados no solo por los poderes coercitivos del Estado, sino también por los medios de comunicación –llámese prensa, radio y televisión–.

Es necesario hacer un juicio de ponderación, orientado por el principio de proporcionalidad, entre los derechos del autor punible y la libertad de información periodística, pues es claro que no existe un derecho absoluto de informar. En particular se debe diferenciar: **i)** antes de la condena, se debe tener presente la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada. Conforme a ella, son inadmisibles la información con mención del nombre, una imagen u otros datos que permitan la identificación. La prerrogativa de habilitación que tiene la Policía de informar a los medios de comunicación acerca de la identidad de los imputados en un hecho punible –contenida en el artículo 70 del CPP– debe ser interpretada restrictivamente y en consonancia con el artículo II.2 del CPP, el cual prohíbe que un funcionario o autoridad pública presente a una persona como culpable de la comisión de un delito o brinde información en ese sentido **ii)** posterior a la condena, es 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 emite medidas coercitivas provisionales [ROXIN].

4. Deberes

Comprenden los deberes positivizados de moralidad procesal y de asistencia al llamamiento de la autoridad.

4.1. Moralidad procesal

Si el imputado altera el orden en una actuación procesal, se le apercibirá con la suspensión de la diligencia y de continuarla con la sola intervención de su abogado y demás partes. Según la naturaleza de la diligencia, se sancionará al imputado con su exclusión de la diligencia y la continuación de la misma con su defensor y con las demás partes –es el caso de una diligencia personal, que requiera su ineludible intervención porque debe exponer lo conveniente en su desarrollo– (artículo 73 CPP). En la audiencia pública, incluso, se le puede expulsar (artículo 364.4 CPP).

4.2. Presencia y Ausencia del imputado

La presencia del imputado es para el juez un deber ineludible y para el imputado un derecho no renunciable que, por tanto, puede calificarse de derecho-deber [MONTERO]. La indispensabilidad de la presencia del imputado para la ejecución del acto es propia del juicio oral (artículo 367.1 CPP), no para la investigación preparatoria. El principio de audiencia debe ser interpretado en el Proceso Penal en su sentido estricto: es necesario “oír” efectivamente al imputado, básicamente, porque es un elemento fundamental de convicción y por los derechos que subyacen en el proceso [VEGAS]. Si el imputado no concurre al juicio –no lo hace justificadamente– se le declara contumaz (artículo 367.3 CPP). Frente a una citación de un acto procesal distinto del juicio oral, la inasistencia determina, de un lado, la conducción compulsiva, conforme al artículo 291.2 CPP (reo con comparecencia simple), o, de otro, la revocación de la medida y dictación de la medida de prisión preventiva cuando está sujeto a comparecencia restrictiva (artículo 287.3 CPP).

La obligatoriedad de este derecho-deber para el reo y deber para el juez determina la declaración de ausencia o contumacia cuando se no se asiste a los

llamamientos de la autoridad (artículo 79 CPP). La ausencia o la contumacia son declaradas por el juez, a instancia del fiscal o de las demás partes –principio de rogación–, siempre previa constatación. Es necesaria una resolución judicial fundada, que tiene carácter constitutivo, pues crea un estado de ausencia o de contumacia. Está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente y presupone el correcto emplazamiento judicial [Acuerdo Plenario n.º 5-2006/C]/116, de 13-10-06]. La contumacia o la ausencia, según el caso, es una situación jurídica que produce determinados efectos en el proceso penal, por lo que no se puede hablar de un proceso en contumacia o en ausencia, sino de procesos seguidos en contumacia o en ausencia [GÓMEZ ORBANEJA].

- A. La *contumacia* requiere que se constate que el reo tuvo conocimiento del requerimiento de la autoridad, fiscal o judicial, y pese a ello no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales, luego de una segunda citación, como se anotó en el aludido Acuerdo Plenario. El artículo 79.1 CPP fija algunos supuestos específicos, adicionales, de rebeldía: fuga del centro de detención o prisión, no obedece una orden de detención o prisión, ausencia del lugar de residencia o designado por la autoridad.
- B. La *ausencia* se declara, previa constatación, cuando el imputado está en paradero desconocido y no aparezca evidencia suficiente de que conozca del proceso.

Los efectos de la declaración de contumacia o ausencia son conducción compulsiva –no afecta el mandamiento de detención y prisión preventiva– y nombramiento de defensor de oficio o del propuesto por un familiar suyo, quien será su representante técnico: podrá presentar todo tipo de medio de defensa. No se suspende la etapa de investigación preparatoria ni la etapa intermedia, pero en juicio oral debe archivarse provisionalmente el juicio, aunque puede ser absuelto –en caso de pluralidad de imputados la suspensión del proceso respecto del ausente o contumaz no los comprende–. Esto último significa que el CPP acogió el sistema de la suspensión del proceso –propriamente, del juicio oral–, no el de la autorización de la continuación del mismo, a reserva de que si el imputado comparece posteriormente pueda utilizar determinados remedios rescisorios contra la sentencia dictada en contumacia o ausencia [ESCUSOL].

Cesa la ausencia o contumacia: (i) una vez que se presente a juicio, y (ii) cuando se realicen las diligencias que requieran su intervención (artículo 79.6 CPP).

II. EL ABOGADO DEFENSOR

1. Concepto

La palabra “abogado” deriva del latín *advocatus*, que significa ‘llamado a’ o ‘llamado para’. Según la Real Academia Española, es el licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico. La presencia de letrado – defensa formal o técnica– es predicable de todos los sujetos del proceso –a excepción hecha del Ministerio Público y de la Procuraduría Pública, que no necesita de la postulación [VEGAS].

La defensa es una parte procesal, dialécticamente opuesta a la acusación, integrada por dos sujetos procesales: el imputado y su abogado, titulares de los derechos constitucionales de la libertad y de defensa. El imputado tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales, y como es un sujeto de la actividad probatoria ha de intervenir con plena igualdad y bajo el principio de contradicción. La defensa no se limita a los defensores, comprende también la defensa material o auto patrocinio, y la defensa formal o patrocinio del defensor [GIMENO]. El imputado deberá contar siempre con la asistencia técnica necesaria; asistencia que, además, deberá ser efectiva (STCE 13/2000, de 17 de enero).

2. Posición procesal del abogado defensor

La misión del defensor consiste en aportar y hacer valer en el proceso todas las circunstancias y puntos de vista, así en la cuestión de hecho como en la jurídica, favorables al acusado. Él debe hacer valer de la mejor manera posible todos los hechos que hablen a favor del imputado y todos los derechos conferidos a él. Es independiente de la voluntad del reo, pues su deber de defenderlo no cesa porque no quiera defenderse ni que se le defienda.

El defensor cumple una función pública porque hace valer la presunción de inocencia –y, dado el caso, también todas las circunstancias que favorecen al culpable– y, en sentido jurídico, garantiza y vela por la legalidad formal del procedimiento. Pero también, en armonía con ello, sirve exclusivamente al interés del imputado, en la medida en que ese interés se dirija a ser defendido de la mejor manera posible. Es, pues, un órgano de la administración de justicia al exclusivo servicio de los intereses del imputado admitidos legalmente [ROXIN], lo que no significa que sea dependiente del órgano judicial, y, menos, de la fiscalía.

3. Derechos y deberes del abogado defensor

El artículo 84 CPP reconoce al defensor un conjunto de derechos o, mejor dicho, de poderes, para cumplir su misión de auxilio técnico-jurídico y de representación técnica del imputado. Son diez potestades, en un listado no cerrado: **1.** Asesoramiento al reo desde el primer momento, **2.** Interrogatorio directo, **3.** Acudir a un experto para el desarrollo de una diligencia, **4.** Participación en todas las diligencias –salvo del coimputado en la investigación preparatoria–, **5.** Aportación de medios de investigación y de prueba, **6.** Presentar todo tipo de peticiones, **7.** Acceso a las actuaciones fiscales y judiciales, y obtener copia de ellas, **8.** Entrevista con su defendido, **9.** Amplia libertad de expresión, **10.** Interposición de cuestiones previas y prejudiciales, así como de recursos y demás medios de defensa. Es de precisar que el abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan la administración de justicia.

Entre los principales deberes del abogado frente al imputado están el de guardar el secreto profesional y realizar una defensa adecuada en el proceso. El secreto profesional es un derecho consagrado en el artículo 2 num. 18 de la Constitución, del cual se pueden extraer las siguientes pautas de observancia en el proceso penal: **i)** el defensor no está autorizado a revelar las comunicaciones, ni las asesorías que le brinda al procesado, **ii)** El Ministerio Público no puede citar u obligar a declarar al defensor a preguntarle sobre los hechos objeto de investigación, salvo que sea copartícipe del mismo.

Los demás deberes del abogado, reconocidos en el artículo 288 de la LOPJ, son, entre otros: **i)** actuar como servidor de la justicia y como colaborador de los magistrados, sin que esto importe, en ningún caso, quebrar el secreto profesional; **ii)** patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; **iii)** defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional; **iv)** actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice; **v)** desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para él; **vi)** cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente; **vii)** abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga; **viii)** consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales; y, **ix)** denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía.

La actuación de abogado en el proceso penal y los actos procesales donde él forma parte están regidos por los principios de legalidad y acusatorio. Su ejercicio en tribunales está condicionado a **i)** tener título de abogado; **ii)** hallarse en ejercicio de sus derechos civiles; **iii)** tener inscrito el título profesional en la Corte Superior de Justicia correspondiente; y **iv)** estar inscrito en el Colegio de Abogados del distrito judicial correspondiente, y si no lo hubiere, en el distrito judicial más cercano (artículo 285 de la LOPJ).

El abogado que ejerce con un título falso es pasible de recibir una sanción penal por el delito de ejercicio ilegal de la profesión (artículo 363 del Código Penal). Asimismo, el defensor que, después de patrocinar a una parte en el proceso judicial, asuma la defensa de la parte contraria en el mismo proceso, es objeto de una pena privativa de la libertad no mayor de dos años (artículo 421 del Código Penal).

4. Defensor voluntario y defensor necesario

El imputado tiene derecho de asistencia letrada, de designación de un abogado defensor de su confianza, designación que no puede ser cuestionada o no aceptada por el fiscal o juez. Si no lo nombra o no tiene recursos para hacerlo, el Estado debe proveerlo en aras de garantizar la legalidad de la diligencia y el debido proceso. El artículo 80 CPP menciona al Servicio Nacional de la Defensa de Oficio.

La defensa necesaria es aquella indispensable para que el acto procesal o la diligencia adquieran eficacia. Un supuesto es la declaración del imputado (artículo 86.2 CPP). También es necesaria la intervención del defensor en todas aquellas diligencias susceptibles de preconstituir o anticipar prueba y, por cierto, en las etapas intermedia y de enjuiciamiento. En estos casos la presencia e intervención del defensor constituye un requisito legal, dimanante al principio de igualdad de armas.

El patrocinio de varios imputados por un defensor o Estudio Asociado es posible si no existe incompatibilidad de defensa entre ellos (artículo 81 CPP). En este último caso, la defensa puede realizarse por cualquier abogado asociado; la notificación comprende a todos y cada uno de ellos. La intervención conjunta de abogados es posible, pero en una diligencia solo interviene uno.

5. Reemplazo, exclusión, sanción, sustitución y expulsión del abogado defensor

El nombramiento de un abogado por el imputado dura mientras este último no le ratifique su confianza y proceda a sustituirlo, sin expresión de causa.

Se pueden presentar en el curso del proceso las siguientes circunstancias:

- A. Si el abogado no concurre a una diligencia, y esta es inaplazable: se le reemplaza por otro designado por el reo o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia. Es el artículo 85.1, segundo párrafo, del CPP, contempla cuáles son las audiencias inaplazables. Es una regulación *numerus clausus*. Las audiencias son los siguientes: prisión preventiva (artículo 271 CPP), control del requerimiento de sobreseimiento y audiencia de control de sobreseimiento (artículo 345 CPP), audiencia preliminar o control de acusación artículo 351 CPP), Juzgamiento o plenario (artículo 367 CPP), audiencia única de incoación del proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva (artículo 447 CPP) y audiencia única de juicio inmediato (artículo 448 CPP).
- B. La exclusión procede cuando el abogado no asiste injustificadamente a la diligencia para la que es citado, esta no tiene el carácter de inaplazable. En el término de 24 horas el reo debe designar otro defensor o de lo contrario se le nombrará uno de oficio, reprogramándose la diligencia por única vez.
- C. A pesar de la renuncia, el abogado debe realizar los actos urgentes para impedir la indefensión del imputado. La renuncia debe ser comunicada al juez en el término de 24 horas antes de la realización de la diligencia.
- D. El abogado defensor que no concurre o que abandona injustificadamente una diligencia, será sancionado por el juez o colegiado competente. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior para que conozcan la aplicación de la Sanción y al Colegio de abogados del distrito para que ejecute la sanción (artículo 85 CPP).
- E. La sustitución del defensor también procede cuando es expulsado el reo y este se solidariza con su patrocinado y abandona la diligencia (artículo 73.2 CPP).
- F. El defensor puede ser expulsado de la Sala de Audiencia, previo apercibimiento, en cuyo caso será reemplazado otro defensor en el plazo de 24 horas; la expulsión procede cuando se altera el orden y el respeto en la Sala de Audiencias (artículo 364.2 CPP).

III. LA PERSONA JURÍDICA

1. Planteamiento

Cuando un delito se comete tras una persona jurídica –en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo en encubrirlo (artículo 105 CP)–, esta es pasible de medidas de carácter penal, en tanto implican una limitación coactiva de sus derechos. Asimismo, cuando el delito se comete por sus dependientes o funcionarios en el ejercicio de su actividad, siempre que sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria, es pasible de la medida de carácter civil de privación de beneficios causalmente vinculados al hecho delictivo (artículo 104 CP); integra la reparación civil.

Esta incorporación de la persona jurídica en la comisión de delitos – más aún cuando expresamente se las considera como sujetos activos del delito y responsables penales– se debe a la frecuencia con la que se cometen delitos en el ámbito societario originarios por la vida económica que somete a las empresas y a sus directivos a una gran presión; y, a la obligación estatal de incrementar la eficacia del proceso penal, dado que la mera responsabilidad personal impide en muchos casos poder impurar claramente el delito a una persona física [ASENCIO].

Así las cosas, no hay duda de que la persona jurídica es un sujeto pasivo del proceso, propiamente ha de ser parte procesal. Primero, porque contra ella puede recaer una medida penal (artículo 105 CP); segundo, porque en el curso del proceso puede ser pasible de una medida de coerción (artículo 313 CPP); y, tercero, porque contra ella recae una imputación específica conforme a los presupuestos estatuidos en el artículo 105 y 105-A del CP, por lo que es necesario dotarla de la cobertura necesaria en los mismos términos que los que el sistema otorga cuando la imputación recae sobre una persona jurídica [ESPINOZA GOYENA]. En esos términos se pronunció el Acuerdo Plenario n.º 7-2009/CJ-116, de 13-03-09.

2. Incorporación como parte del responsable civil

En tanto en cuanto concurren, prima facie, los supuestos previstos en los artículos 104 y 105 CP, las personas jurídicas deben ser emplazadas e incorporadas al proceso, a instancia del fiscal. Es evidente, por lo demás, que al amparo de las exigencias dimanantes de la garantía de tutela jurisdiccional que el actor civil pueda reclamar su incorporación en los supuestos del artículo 104 CP.

El fiscal, como consecuencia del principio acusatorio, es quien debe formular un requerimiento motivado. La incorporación para ser parte en la causa puede tener lugar después de la expedición de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta antes de dar por 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 artículo 8 CPP. Su espacio culminante es la realización de una audiencia con asistencia de las partes y de la propia persona jurídica emplazada (artículo 91 CPP). Rigen las reglas de representación regular de la persona jurídica para su intervención en el procedimiento de incorporación como parte.

3. Procedimiento ulterior

Emitido el auto de incorporación de la persona jurídica, el órgano social de esta designará un apoderado judicial, que no puede ser el imputado por los mismos hechos –se ha seguido en este ámbito el modelo francés–. De no hacerlo, previo requerimiento por un plazo de cinco días, lo hará el juez de la investigación preparatoria (artículo 92 CPP). La persona jurídica está en libertad de designar como representante en juicio a la persona física que así lo considere, para lo cual ha de guiarse por criterios de confianza en la persona elegida y de conveniencia.

Es importante tener en cuenta, aunque no está expresamente legislado, que no corresponde designar como representante en juicio a una persona física que debe declarar en la causa como testigo de cargo, a fin de evitar el fraude que consistiría en que la persona jurídica nombre a esta persona, en cuyo caso su posición sería ambigua, pues, de un lado, como representante no podría declarar contra la persona jurídica –a esta le asiste el derecho al silencio y a la no incriminación– y, de otro lado, como testigo estaría obligada a declarar con la verdad sobre los hechos del proceso, favoreciendo incluso la posición procesal de la parte acusadora. El nombramiento debe recaer, en consecuencia, en una persona cuya versión, objetivamente, no sea importante y útil de cara al tipo de hechos juzgados, de modo que deba ser convocada como testigo; y, a la vez, que su designación no pueda colisionar con la indispensable relación de aquella en la estructura de la persona jurídica, de tal suerte que su presencia en la causa garantice una defensa efectiva de la misma.

Por otro lado, se discute si el auto que se pronuncia sobre la incorporación de una persona jurídica es apelable. Como no existe una regla específica –que existe en el caso de decisiones sobre la incorporación del actor civil y el tercero civil: artículos 103.1 y 112.3 CPP–, rige la regla general del artículo 416.1d CPP, por lo que el auto que incorpore o desestime la incorporación la decisión judicial es apelable con efecto no suspensivo (artículo 418.1, *a contrario sensu*, CPP).

4. Derechos y garantías

Para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, la persona jurídica tiene poderes equivalentes al imputado, en tanto que, como parte procesal, tiene que resistir las medidas de coacción que la jurisdicción penal considere necesarias para la realización de la justicia [PEÑA CABRERA FREYRE]. Ostenta, por ello, legitimación originaria para defenderse y actuar en el proceso penal. Empero, la falta de personación o rebeldía no importa la declaración de contumacia ni la suspensión del juicio: la sentencia condenatoria puede comprenderla (artículo 93 CPP); al ser considerada la persona jurídica como parte procesal no solo se le debe reconocer derechos –los del imputado– sino también obligaciones, y si no las cumple se le debe sancionar en estricta consonancia con la legalidad procesal [NEYRA].

Será del caso de cuidar el nombramiento del apoderado judicial y homologar sus poderes con los del abogado del contumaz o ausente, según el artículo 79.3 CPP. En efecto, como en cualquier otra fase de su vida jurídica, será necesaria que represente a la persona jurídica una persona física, con quien debe entenderse las autoridades públicas de persecución penal y los otros sujetos que intervengan en el proceso penal [GASCÓN]. Se parte de la premisa de que la persona física en sí misma no es parte del proceso, pues esa condición la ostenta la persona jurídica representada; por eso no puede ser objeto de detención, ni prisión preventiva ni de cualquier medida de coerción, sea de índole personal o patrimonial [GASCÓN].

A pesar de que la persona jurídica en estricto no es autora de los hechos de referencia –que tratan de las concretas conductas cometidas por una o más personas físicas que son susceptibles de tipificarse como uno de los delitos contemplados en el CP– puede formular alegaciones y puede proponer prueba respecto de ellos en forma plena, como parte del ejercicio de su derecho de defensa.

Asimismo, la plenitud de sus facultades defensivas se mantiene no solo en primera instancia, sino también en la fase de impugnación de la sentencia. En efecto, la aplicación de las reglas generales sobre el gravamen para recurrir debe

permitir que la persona jurídica condenada impugne tanto en apelación como en casación los pronunciamientos de la sentencia que le conciernen a ella directamente (en relación a los hechos internos y a sus consecuencias jurídicas). En esta línea de ideas, es posible apoyar la tesis de que, inclusive, la persona jurídica puede proyectar su impugnación sobre los pronunciamientos del Tribunal en relación con el delito base y con sus consecuencias jurídicas, aun cuando la persona natural no haya recurrido o haya dado un ámbito material o enfoque distinto a su recurso en relación con esos mismos hechos.

Se trata una interpretación que, desde el punto de vista normativo, se encuentra sustentada en lo dispuesto en el artículo 408.3 del CPP que regula la extensión del recurso de impugnación: “La impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos personales” [GASCÓN].

5. La responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

La regla del artículo 105 del CP, que previó consecuencias accesorias contra las personas jurídicas en tanto el hecho punible fuere cometido en ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, se modificó parcialmente con la entrada en vigor de la Ley 30424, de 21-04-2016, modificada por el Decreto Legislativo 1352, de 07-01-2017, y la Ley 30835, de 02-08-2018, denominada “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, reglamentada por el Decreto Supremo 002-2019-JUS, de 09-01-2019. La última reforma es la operada por la Ley 31740, de 13-05-2023, con entrada en vigor el 14-11-2023. Este bloque normativo integra el “Derecho penal de las personas jurídicas”, más allá de que la legislación rotule de “administrativa” la responsabilidad en que incurrir. Es verdad que la fuente de esta nueva legislación es, mayormente, la ley italiana, en especial la Ley 300/2001 y el Decreto Legislativo 231, de 8 de junio, ambos de 2001, que a su vez reemplazaron a la Ley 869/1981, de 24 de noviembre, que instauró un modelo administrativo-penal por una conducta corporativa [ZÚÑIGA]. No obstante, es de reconocer que la persona jurídica, al igual que la persona física, posee subjetividades comunicativas dentro del derecho, por lo que la empresa puede ser sujeto de imputaciones jurídicas, y que, en el campo sancionatorio contra las personas jurídicas, como luego se verá, la sustancia de las sanciones es totalmente penal [DONINI]. La sanción se impone por un juez —rige el principio de autotutela de la Administración!—, en un proceso penal, a propósito de la comisión de una calificada como delito en la legislación penal y con las garantías

de naturaleza penal y jurisdiccional, cuyo centro de imputación es la persona jurídica [ZÚÑIGA]; además el criterio de atribución sancionadora introducido por el legislador, más allá de cualquier adjetivación que fijó en la ley de la materia, da como resultado un *secundum genus* penal adaptado al sujeto metaindividual [DE SIMONE].

Este complejo normativo presenta tres notas características fundamentales:

1. Objetivamente, según el artículo 1, son cinco bloques de tipos delictivos los que comprende la legislación –se sigue el sistema de clausula específica–: **Primero**, contabilidad paralela, atentados contra monumentos arqueológicos, extracción ilegal de bienes culturales, peculado, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico y tráfico de influencias. **Segundo**, lavado de activos: conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, transporte, traslado, ingreso o salida de dinero o títulos valores, omisión de reportes y rehusamiento, retardo y falsedad de informaciones. **Tercero**, contrabando, defraudación de rentas de aduana, receptación aduanera, financiamiento de delitos aduaneros y tráfico de mercancías prohibidas o restringidas. **Cuarto**, defraudación tributaria, omisión y falsedad de libros contables, almacenamiento ilegal de bienes y confección, obtención, venta, facilitación de comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de débito. **Quinto**, terrorismo, financiamiento terrorista, afiliación terrorista, instigación terrorista, reclutamiento terrorista, conspiración terrorista y obstaculización a la acción de la justicia. Según el párrafo final del artículo 1 de la citada Ley 31740, el régimen de consecuencias accesorias, previsto en el artículo 105 del CP, se aplica a las personas jurídicas involucradas en los delitos no comprendidos en la lista enunciada. **2. Subjetivamente** conforme al artículo 2, está referido a las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta. También están comprendidas las personas jurídicas extranjeras cuando realicen o desarrollen sus actividades, directa o indirectamente, en el territorio nacional, así como, con reglas específicas, en los casos de fusión o escisión respecto de la persona jurídica absorbente. Se asume, por tanto, una perspectiva amplia de persona jurídica. **3. Materialmente**, atento a lo dispuesto por el artículo 3, la responsabilidad administrativa de las referidas personas jurídicas por la comisión de los delitos antes mencionados se concreta cuando se hubieren comedido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto; ya sea **a)** por sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias; **b)** por la persona natural que, estando sometida

a la autoridad y control de la persona jurídica, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización; o, c) por la persona natural antes citada, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas señaladas en el primer punto han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control la actividad encomendada. Asimismo, las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables cuando las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en las conductas descritas inicialmente hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento.

Dos aspectos significativos caben destacar: primero, se excluye responsabilidad cuando las personas naturales señaladas en este precepto cometan los delitos antes indicados exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica –una precisión sorprendente, por su obviedad– (artículo 3 *in fine*); y, segundo, la responsabilidad de las personas jurídicas es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural (sistema de responsabilidad acumulativa o dual) –se apunta al “hecho delictivo societario” como consecuencia del defecto de organización de la persona jurídica, pero en relación a la persona natural se asume, como diría FEIJOO, un modelo de coresponsabilidad, de responsabilidad acumulativa, aunque, desde la propia persona jurídica, autónoma e independiente–. Existe una autonomía tanto sancionatoria como incluso persecutoria de la persona jurídica respecto de la persona natural o física, desde que se trata de injustos y culpabilidad autónomos los que se cometen. En la persona jurídica el injusto se residencia, objetivamente, en un defecto de organización que supera el riesgo permitido, determinable conforme a los parámetros de la importación objetiva –la competencia de la persona jurídica se afirma al no realizar el control debido para evitar el riesgo penalmente prohibido, que se presenta cuando sus prácticas, procedimientos internos o estructuras favorecen o no dificultan la realización de conductas lesivas por parte de sus miembros individuales [GARCÍA CAVERO]; y, subjetivamente, en el conocimiento organizativo del riesgo –claro está, siempre existe un hecho de referencia: los comportamientos delictivos cometidos por las personas naturales–. La culpabilidad se afirma en la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad [GÓMEZ-JARA].

La Ley, además, ha regulado, en esa misma perspectiva de autonomía, que las causas de extinción de la acción penal –del delito– de la persona natural no enerva la responsabilidad de la persona jurídica. Empero, el artículo 4 admite, para el caso de las personas jurídicas, la extinción del hecho punible atribuido por prescripción –al que se extienden las normas básicas del CP (artículos 80, 82,

83 y 84), y no las del Derecho administrativo o del Derecho civil—, cosa juzgada, amnistía o derecho de gracia.

De otro lado, las medidas ‘administrativas’ aplicables (artículo 5) son las de: **1.** Multa, en función al beneficio obtenido o al esperado, no menor al doble ni mayor al séxtuple de dicho monto, bajo un sistema de aseguramiento estricto y conversión, en caso de incumplimiento, a ejecución forzosa o a prohibición definitiva de sus actividades. **2.** Inhabilitación, que comprende: **a)** suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años; **b)** prohibición de realizar, en el futuro, actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, sea por un plazo no menor de un año ni mayor de cinco años, o definitiva (perpetua), siempre cuando el delito se cometió en el marco de un proceso de contratación pública; **c)** prohibición para contratar con el estado, de carácter definitivo. **3.** Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales —es una medida obligatoria cuando el delito cometido estaba orientado a la obtención de las mismas—. **4.** Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal —no menor de un año ni mayor de cinco años— o definitivo. **5.** Disolución, solo aplicable cuando las personas jurídicas han sido constituidas y operado para favorecer, facilitar o encubrir la comisión del delito, salvo el caso de personas jurídicas que presten un servicio de utilidad pública, cuya interrupción pueda causar graves consecuencia sociales o económicas o daños serios a la comunidad.

Además, el juez puede imponer otra medida complementaria (artículo 6), que es la **(6)** intervención, total o parcial, de la persona jurídica hasta por un período de dos años, que puede modificarse o suspenderse previo informe del interventor y disposición del Ministerio Público —se entiende que la modificación o suspensión de la intervención, atento a su origen jurisdiccional, la acuerda el juez, previo informe del interventor y aceptación del fiscal—. De igual manera, está prevista (artículo 11) la consecuencia accesoria de decomiso de los instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito cuando se declare la responsabilidad de la persona jurídica, en concurrencia o acumulativamente con las medidas indicadas *up supra*.

La legislación prevé **(i)** un sistema de eximentes y de circunstancias atenuantes y agravantes, **(ii)** unas reglas precisas para aplicar las medidas e individualizar las mismas, y **(iii)** unas directivas para la suspensión de su ejecución. La exención de responsabilidad se produce cuando se adopta e implementa en la organización de la persona jurídica, con anterioridad a

la comisión del delito, un modelo de prevención (*compliance*) adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión –se trata de propender a una cultura de respeto al derecho, que ayude a la sociedad a prevenir la comisión de delitos en el ámbito empresarial y societario (STSE 154/2016, de 290 de febrero)– . El artículo 17 prevé las características del modelo de prevención, en base al perfil de riesgo que identifica y a la evaluación de los riesgos inherentes y residuales conforme al tamaño, naturaleza, características y complejidad de las operaciones de la persona jurídica; además, establece los elementos mínimos que debe tener. Están excluidos de la exención los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica –supuesto parecido al señalado en el literal ‘a’ del artículo 3 de la Ley, y que son los sujetos que, por su rol, estarían primordialmente sujetos a imputación y las personas jurídicas que controlan ocuparían los casos más relevantes o numerosos desde una perspectiva de estadística criminal–. En este caso, solo procede la atenuación privilegiada de la sanción: medida de multa que puede reducirse hasta en un noventa por ciento.

Desde la perspectiva de incoación del proceso penal (inculpación formal) el artículo 18 establece, siempre que la persona jurídica alegue contar con un modelo de prevención, que el fiscal debe recabar un informe técnico a la Superintendencia del Mercado de Valores –en adelante, SMV– cuyo objeto será analizar la implementación y funcionamiento del modelo de prevención con relación específica al delito objeto de imputación a la persona natural. Paralelamente, se impone a la persona jurídica brindar la información y documentación respectiva y otorgar las facilidades a la SMV para que realice su evaluación. El informe técnico, primero, se emite en el plazo de noventa días, el cual puede prolongarse un plazo igual en los casos de complejidad del asunto, del tamaño y ubicación de la persona jurídica o de otras condiciones o particularidades; y, segundo, el carácter del informe técnico es de una pericia institucional. Esto último es ratificado por el artículo 19 de la Ley, en la medida en que se valorará con los demás “elementos probatorios” incorporados en la causa. En estas condiciones resulta complicado sostener que el informe técnico se erige en un requisito de procedibilidad, aunque el artículo 18 lo exija al fiscal “...para formalizar la investigación preparatoria”, pues no es propiamente una opinión externa en relación a la legalidad del comportamiento de la persona jurídica, sino que entraña un examen fundamentado desde “...los estándares internacionales sobre el modelo de prevención y las buenas prácticas en el

gobierno corporativo” y, antes, importa la realización de operaciones propiamente periciales a partir de la documentación y las visitas de evaluación *in situ*, así como de las declaraciones que puede obtener de personas vinculadas, de uno u otro modo, a la persona jurídica. Incluso, el Reglamento de la Ley –hasta ahora el Decreto Supremo 002-2019-JUS, de 09-01-2019– prevé pautas de evaluación y ámbito de la misma, lo que sin duda será descrita en el Informe Técnico, que desde luego ha de tener los elementos señalados por el artículo 178 del CPP. Se trata, evidentemente, de una suerte de Auditoría Gubernamental Pública realizada a una persona jurídica en un ámbito específico: la concreción de un eficaz modelo de prevención. Siendo así, y atento a que (i) los plazos para su emisión, dados los diversos de actos que entraña su elaboración para ser presentado al Ministerio Público, son por lo general superiores o más latos que los estipulados para las diligencias preliminares (vid.: artículos 330.1 y 2, y 334.2 del CPP) –es un acto de investigación, con fines de preconstitución probatoria, de carácter común, no urgente o inaplazable, dada su complejidad intrínseca y multiplicidad de actividades que entraña: recabar documentación, examinarla, realizar inspecciones y, entre otras, tomar declaraciones–; y (ii) el Informe Técnico tiene el carácter de pericia institucional valorable para dictar, en su caso, resoluciones intermedias y la sentencia definitiva, entonces, se trataría de una suerte de prueba necesaria o indispensable, impuesta legalmente, que debe incorporarse en el curso del proceso cuando la persona jurídica alegue contar con un modelo de prevención. El fiscal solo debe acreditar, para dictar la disposición de formalización de la investigación preparatoria, el respectivo requerimiento a la SMV, con los requisitos del artículo 46 del Reglamento, para que emita el Informe Técnico, no contar con él.

Procesalmente se aplican las normas, ya examinadas, de los artículos 90 al 93 CPP, bajo el criterio rector de que las personas jurídicas gozan de los mismos derechos y garantías que se reconocen al imputado –es, por tanto, parte pasiva en el proceso penal y, como tal y en lo pertinente, con todas las posibilidades, cargas, derechos y obligaciones correspondientes– (Tercera Disposición Complementaria Final). Igualmente, en el acto oral se preguntará a su apoderado judicial, una vez instruido de sus derechos –intimación–, si considera a la persona jurídica autora del hecho punible acusado y responsable de la reparación civil, así como si acepta los cargos o los niega, de suerte que es posible una sentencia conformada; también puede someterse al proceso especial de terminación anticipada (Tercera Disposición Complementaria Final). La persona jurídica, en todo caso, puede ser asistida por la defensa pública, si así lo requiera, bajo los alcances de la Ley del Servicio de Defensa Pública (Cuarta Disposición Complementaria Final).

Desde luego, la regulación procesal de la persona jurídica en sede penal –su estatuto procesal– destaca por sus carencias y por no haber problematizado las situaciones específicas que pueden presentarse ante el emplazamiento de que pueda ser objeto. Existen numerosos, más allá de la amplia precisión de la capacidad para ser parte –en que se excluyen al Estado (Poderes públicos, órganos constitucionalmente autónomos, gobiernos regionales, gobiernos locales, organismos reguladores, entidades públicas (Banco Central de Reserva, SUNAT, SUNARP, etcétera) y de la capacidad procesal, es decir, cómo debe comparecer y actuar en el proceso, en la que por mandato legal, para evitar conflicto de intereses si el representante legal sería quien actúe por la persona jurídica, ésta o el juez debe designar un apoderado judicial (artículo 92 del CPP), cuya fuente normativa es el *mandataire de justice* del artículo 706.43 del *Code de Procédura Pénale* Frances –probablemente, como precisan algunas legislaciones, el encargado podría ser el Oficial de Cumplimiento por conocer con mayor profundidad los hechos objeto del proceso–. No se señala expresamente un acto procesal fundamental: si el apoderado judicial puede declarar indagatoriamente por la persona jurídica a la que se le atribuye el delito –aunque, como es un acto procesal obligatorio en sede de investigación preparatoria y del plenario o juicio es obvio que sí, puesto que la representa, que es el modelo de la Ley Española 37/2011, de 10 de octubre– y si la persona jurídica está obligada a comparecer al llamamiento de la autoridad, aunque su no personación no obstaculiza el trámite de la causa –se ha relativizado el derecho de presencia de la persona jurídica y, por ende, solo es suficiente su debido emplazamiento o notificación, sin que su asistencia sea necesaria (artículo 93 del CPP)–. Para el juicio oral la no presencia del apoderado judicial, siendo necesaria la presencia del abogado defensor, no impide la continuación del juicio y su declaración de contumacia. No se ha estipulado si al apoderado judicial se le puede imponer medidas coercitivas asimilables a los testigos, aunque como tal tiene determinadas cargas procesales, cuyo incumplimiento determinará razonablemente el requerimiento respectivo, aunque de mínima entidad.

Es verdad que la equiparación de la persona jurídica con el imputado–persona natural permite (1) que a la primera se le reconozca con amplitud los derechos que surgen de la garantía de defensa –guardar silencio, no declarar contra sí mismo (la persona jurídica, se entiende) defensa técnica (incluso con permisión para solicitar la intervención de un defensor público), *ius tacendi*, no confesarse culpable o no declarar contra sí mismo, entre otros–. La regla es que no es posible alegar en favor de uno los derechos que son de titularidad de otros; y, los derechos son de la persona jurídica, titular por ejemplo de documentos, por lo que sí está procesada no exigirse su colaboración para que los presente, pero la autoridad

sí está autorizada para ordenar y ejecutar diligencias varias, como allanamientos, registros e incautación [ESCRIHUELA] —a la persona jurídica no se le puede imponer la carga de colaborar con su propia inculpación mediante actuaciones como el requerimiento de aportar fuentes de prueba directos—. Igualmente, desde la garantía de presunción de inocencia se exige que la Fiscalía debe acreditar los hechos constitutivos de su pretensión penal (elementos objetivos y subjetivos del delito atribuido y la ausencia de control por parte de la persona jurídica) y, desde la regla de juicio de dicha garantía, con fundamento en el *in dubio pro reo*, si no existiera prueba suficiente que desvirtuara la presunción de inocencia, la persona jurídica debe ser finalmente absuelta [GIMENO BEVIA]. Empero, como señala GÓMEZ-JARA DÍAZ, puede ser factible una opción diferenciadora: la prueba de la inidoneidad de las medidas de vigilancia y control concretas respecto del delito concreto que, a la vista de los hechos concretos, es imputado a la persona jurídica —no la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genérico para delitos de misma naturaleza— corresponde a la acusación; mientras que la prueba de la cultura de cumplimiento de la legalidad —incluida la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza— corresponde a la defensa. (2) Que la imputación está garantizada judicialmente por el hecho de que el fiscal debe pedir su incorporación como parte pasiva del proceso (artículo 91 del CPP), siendo que el primer emplazamiento debe ser enviado al domicilio social de la persona jurídica (artículo 64 del Código Procesal Civil). Sin embargo, una contradicción fluye de esta exigencia de resolución judicial de incorporación como parte de la persona jurídica, derivada del hecho de que para la persona natural la condición de imputado —y no hay duda de que la persona jurídica es imputada— no requiere de tal resolución judicial—.

No está claro, por otro lado, lo que puede suceder con la persona jurídica *lite pendente*, esto es, en casos de disolución ulterior o de fusión o absorción (¿qué pasaría con el ente resultante?). De igual manera no es de fácil dilucidación en las relaciones abogado – cliente persona jurídica, si en todos los casos existe una negativa a proporcionar información a la Fiscalía amparado en el secreto profesional o tal vez si puede haber excepciones (¿es posible diferenciar entre abogado interno de la empresa y abogado externo?). Tampoco lo está en relación a la conformidad procesal, oportunidad y terminación anticipada —la falta de pautas normativas *ad hoc* es notoria—, al igual que respecto de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, tales como intervención de las comunicaciones, levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria y bursátil, incautación de documentos, allanamientos —la STEDH recaída en el asunto Asociación de Integración Europa y Derechos Humanos vs Bulgaria de 28-06-2007, precisó que las personas jurídicas

deben ser consideradas titulares del derecho a no sufrir injerencias injustificadas o abusivas por parte del Estado—.

Otro tema deficitario es la falta de precisión normativa acerca del rol de las investigaciones privadas y de la tutela de la documentación que puedan generar respecto de hechos en los que estaría involucrada la persona jurídica y que serían determinantes de la intervención de las autoridades penales, más aún cuando se trate de investigaciones indispensables impuestas por sus programas de cumplimiento. De igual manera, no se regula lo relativo a la denuncia y el denunciante —los *whistleblower* o “denunciantes cívicos”—.

Finalmente, la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria incorporó una medida de coerción real —aunque la denominó, rompiendo la nomenclatura del Código Procesal Penal, medida cautelar—, en el artículo 313-A CPP, adicional a las fijadas en el artículo 313.1 CPP. Se trata, propiamente, de una medida anticipada, que consiste, indistintamente, en la prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza del delito perpetrado, favorecido o encubierto, o en la suspensión para contratar con el Estado, por un plazo no mayor de la mitad del tiempo fijado para las medidas de carácter temporal previstas en el artículo 5 de la Ley. Como se trata de una medida de coerción real o patrimonial, cuya naturaleza, por opción del legislador, es administrativa, no penal —puede ser instada, en consecuencia, por el Ministerio Público o el actor civil, que en todos los casos será el Procurador Público del Estado— requiere tanto el *fumus comissi delicti* (sospecha suficiente) como el *periculum in mora* consistente no solo en los riesgos de ocultación de bienes o de insolvencia sobrevenida, sino también el de obstaculización de la averiguación de la verdad, que es un peligro propio de las medidas personales penales.

IV. LAS PARTES CIVILES

1. Planteamiento

En la medida que el hecho punible haya ocasionado un daño en la esfera patrimonial de algún sujeto del derecho, y este no haya renunciado o reservado el ejercicio de la acción civil en el proceso declarativo civil correspondiente —salvo su silencio e inactividad, en cuyo caso interviene el Ministerio Público como sustituto procesal—, es posible estimar que, pasivamente, existen partes a las que es de emplazar en el proceso penal. La responsabilidad civil excede al de los responsables penales y comprende a otras personas que, sin ser responsables penalmente, lo son civilmente.

El responsable civil es la parte pasiva de la pretensión civil acumulada al proceso penal –la denominación de responsable civil trae causa en la necesidad de distinguirlo del imputado frente a la cuestión civil–. Es la persona contra la que se dirige el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, es decir, la persona que, en su caso, deberá hacer frente a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios [VEGAS TORRES]. Su capacidad y legitimación –al igual que en el caso de la parte civil activa– se rige por las reglas comunes del derecho civil y el derecho procesal civil, ostentando toda la capacidad de actuación procesal para defenderse de la pretensión de resarcimiento. La acción civil, en cuanto acción de carácter privado, solo se puede solicitar en el proceso a instancias de quien es su titular, para lo cual además tiene que existir un tal proceso en curso [CREUS]. Se requiere de una solicitud expresa, debidamente fundamentada, para la incorporación de los responsables civiles distintos del imputado.

En la inmensa generalidad de los casos se confunde el rol de imputado con el del responsable civil, pues, en la medida en que los daños surgen como consecuencia de la comisión de un delito, su autor es responsable simultáneamente en la esfera del derecho penal y del civil de daños. Así lo estipula el artículo 92 CP.

Responsable civil directo es, entonces, **(i)** el imputado: autor o partícipe del hecho punible que ha generado un daño resarcible –la acción de reparar el daño alcanza solidariamente a todos los responsables del hecho punible (artículo 95 CP), sin perjuicio de la acción de repetición que pueda realizar quien pagó el íntegro de la reparación civil frente a los otros responsables (artículo 1983 del Código Civil)–. También tendrá este carácter, aunque no es autor o partícipe del delito, todo aquel que por título lucrativo hubiese participado de los efectos de un delito: **(ii)** las empresas de seguro y hasta el límite del convenio por los hechos del autor (artículo 113.3 CPP) [VEGAS TORRES], así como **(iii)** la persona jurídica en los supuestos del artículo 104 CP.

Respecto de las empresas de seguros, el llamamiento puede realizarse tanto por el damnificado como por el propio imputado. No puede traerse a juicio al asegurador si el proceso no se ha incoado contra el asegurado, y tampoco puede continuarse la acción contra el asegurador si se ha desistido de la demanda contra el asegurado. La acción que el damnificado –o, en su caso, el fiscal– dirige contra el asegurador es directa y, como tal, le confiere la calidad de parte procesal, en tanto garante del cumplimiento de la obligación resarcitoria debida por el asegurado, dentro del límite pacto en el contrato de seguro [LOUTAYF/COSTAS].

2. El tercero civil responsable

También es responsable, siempre solidario, por los daños cometidos por los autores y partícipes del hecho punible aquel que, según el derecho civil, deba serlo (artículo 95 CP). Es el responsable civil indirecto –junto con el responsable civil directo: imputado y compañía de seguro, desde un enfoque sustancial, son civilmente demandados–. La base de esta afirmación se encuentra en la responsabilidad aquiliana: la persona jurídica respecto del funcionario o dependiente, los supuestos de culpa civil *in vigilando, in eligiendo o in educando* –al elegir a los dependientes o al supervisar su actuación–, en relación a los hechos de personas que se encuentran bajo su guardia, custodia o que mantienen una determinada relación jurídica con un tercero.

Para la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria se requiere de la presencia de dos requisitos: (i) Que el infractor penal y el presunto responsable civil subsidiario estén ligados por una relación jurídica o de hecho, por un vínculo, en virtud del cual el responsable penal principal se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica de su principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenta con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario o indirecto. (ii) Que el delito que genera una y otra responsabilidad –directa o subsidiaria– se halle inscrito dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, tarea o cometido confiados al infractor penal, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación [FERREIRO].

Le corresponde resistir la pretensión reintegradora patrimonial hecha valer en el proceso penal –que se funda en el hecho incriminado y no en un hecho distinto ni en cualquier otra relación de derecho civil–, sea por el damnificado constituido en parte civil o, en su defecto, por el Ministerio Público. Se ubica, así –al igual que la empresa de seguro–, al lado del imputado y en cierto modo en consorcio con él, como demandados, si contra ambos se dirige la pretensión privada [CLARIÁ].

3. Incorporación como parte del responsable civil

En tanto en cuanto concurran, *prima facie*, los supuestos previstos en el Código Civil –criterios de imputación del derecho civil– (rige el Código Penal, en tanto norma específica, respecto de la persona jurídica), el responsable civil, directo o indirecto –que puede ser persona natural o jurídica– debe ser emplazado e incorporado al proceso, a instancia del fiscal o del actor civil. Será tanto, como ha

quedado expuesto, el tercero civil como el responsable civil directo no imputado. El vínculo que existe es de solidaridad pasiva, salvo el caso especialísimo de la persona jurídica en los supuestos del artículo 104 CP, que tiene un carácter subsidiario.

La legitimación activa la ostentan el fiscal o el actor civil. Ellos formularán un requerimiento o solicitud motivada. Podrá presentarse luego de la expedición de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta antes de dar por 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 uno de ellos.

El procedimiento de incorporación es el previsto en el artículo 8 CPP. Se requiere audiencia con asistencia de las partes y del tercero civil emplazado (artículo 91 CPP).

4. Procedimiento ulterior

Emitido el auto de incorporación del responsable civil, adquiere la condición procesal de parte al igual que el actor civil. Por tanto, se le notificará para que intervenga en el proceso, con copia del requerimiento y conocimiento del fiscal para que le otorgue la intervención respectiva. Solo es apelable el auto que deniegue el pedido de constitución en parte pasiva al tercero civil (artículo 112.3 CPP).

Si es legalmente llamado y no comparece, será también parte y el proceso se le seguirá en rebeldía sin necesidad de declaración formal alguna [CLARÍA].

5. Derechos y garantías

Para la defensa de sus derechos e intereses legítimos patrimoniales, el responsable civil tiene poderes equivalentes al del imputado; ostenta, por ello, legitimación originaria para defenderse y actuar en el proceso penal (artículo 113.1 CPP). Empero, la falta de personación o rebeldía no importa la declaración de contumacia ni la suspensión del juicio. Basta la correcta notificación. La sentencia condenatoria, emitido el auto de incorporación y notificado correctamente, puede comprenderla y deberá someterse a los efectos indemnizatorios fijados en ella (artículo 113.2 CPP).

El asegurador, como la ley le impone el cumplimiento de la reparación civil según los riesgos cubiertos en el contrato de seguro, está autorizado a ejercitar ampliamente su derecho de defensa. Puede interponer todo tipo de defensas, resultantes o no del contrato de seguro, salvo las nacidas luego del siniestro. Estas pueden estar vinculadas tanto (i) al hecho causante de la responsabilidad –existencia del hecho, responsabilidad civil del imputado o tercero civilmente demandado, la extensión del daño, el monto de la condena, etcétera– como (ii) a las resultantes del contrato de seguro –oponer la falta de pago oportuna de la prima por el asegurado, la suspensión o la no cobertura del reclamo, la exclusión del riesgo, etcétera– [LOUTAYF/COSTAS].

V. AUDIENCIAS Y SU CLASIFICACIÓN

Dentro de la institución de los actos o actuaciones procesales y en armonía con los principios procedimentales de oralidad, inmediación, concentración y publicidad, se tiene la necesidad de realización de audiencias, desde luego bajo la conducción material del juez. El reproche penal y las incidencias del proceso se discuten en forma oral –la audiencia es imprescindible tratándose de actuaciones que tengan por finalidad la emisión de sentencias o autos equivalentes, y necesaria, si la ley lo determina, en los demás casos (vid.: artículo 123 CPP)–. Impuesta la audiencia como paso previo a la decisión judicial, no solo rige el principio de oralidad, también los de inmediación, concentración y publicidad en cuya virtud el fiscal y las demás partes, aunque obligatoriamente sus defensores, deben estar presentes e intervenir activamente en la presentación del punto objeto del debate, en la actuación de la prueba –si correspondiera– y en la alegación oral sobre lo debatido.

La audiencia se define como aquel acto con relevancia jurídica de carácter complejo que se produce en el seno del proceso (y, excepcionalmente, antes de producirse su incoación), en el que intervienen las partes procesales –y, eventualmente, otros participantes procesales, como los órganos de prueba–, donde se producen los actos de presentación del punto o tema objeto de la diligencia, de ejecución de las pruebas, de alegatos sobre el material probatorio ella o sobre el punto materia de debate, y de decisión tras la culminación de la fase de alegaciones –en algunos casos la resolución será necesariamente oral e inmediata en la misma audiencia (v.gr.: artículo 271.2 CPP, referida a la prisión preventiva); y, en otros, la resolución será escrita y se emitirá en el plazo legalmente previsto por la disposición legal correspondiente (es la regla general, y tienen como eje

regulatorio los artículos 8.4 –norma clave de las audiencias preparatorias–, 392.2, 420.7, 432.4 y 443.5 CPP).

En nuestro sistema procesal se conocen cuatro clases de audiencia, según la etapa procesal en la que tienen lugar. Son las audiencias preparatorias (de la etapa de investigación preparatoria), las audiencias preliminares (de la etapa intermedia), la audiencia principal (del juicio oral, juzgamiento o enjuiciamiento) y las audiencias de impugnación (de apelación, casación y revisión).

De una u otra forma, las audiencias están sujetas a principios procedimentales comunes. Destaca, obviamente, el principio de oralidad: las pruebas personales, las presentaciones del caso o tema debatido –incluso, su propia determinación final, del que los actos escritos son mero anticipo no definitivo del objeto de la diligencia– se ejecutan mediante la palabra hablada, que es la forma de expresión de los sujetos procesales; la decisión del incidente o del caso se decide en forma oral. La presencia personal de las partes y de la prueba, en determinados casos, puede exceptuarse y realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar (inicialmente adoptado en Italia en 1992, para presos y detenidos muy peligrosos, y luego en Francia en 2001: STSE de 5 de octubre de 2006) que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa [GARBERÍ]. La inmediación, en esta lógica, es necesaria –la decisión es la ineludible consecuencia de un debate realizado por las partes en presencia del juez, de suerte que se cumple el principio procesal de contradicción y que quien debe decidir es el juez que intervino en la audiencia–. Lo mismo sucede con el principio de concentración, en cuya virtud todas las actuaciones de la audiencia deben realizarse, además de forma oral e inmediata, ordenada, concisa y clara; siendo de entender que las partes comenzara sus alegaciones o conclusiones haciendo referencia a los hechos del caso, relevantes para su decisión, según su pretensión, y luego formulara sus fundamentos jurídicos en apoyo a su posición procesal –no es posible, obviamente, que en estas alegaciones se introduzca alteraciones o modificaciones respecto de sus pretensiones– [FUENTES SORIANO]. A esto último es lo que se denomina “unidad de acto”, es decir, sin interrupción temporal hasta la terminación de las actividades respectivas [ORTELLS], a lo que contribuye la concisión y claridad de las exposiciones de las partes.

El principio de publicidad es particularmente problemático en las audiencias preparatorias –igualmente en las audiencias preliminares de la etapa intermedia–. El Código no dice nada al respecto. El artículo I.1 TP CPP solo menciona el

derecho a un **juicio público** desarrollado conforme a las reglas que él determina, de suerte que hace mención a las **audiencias principales**, de enjuiciamiento. El punto en debate es el artículo 324 CPP que establece la reserva de la investigación, en cuya virtud de las actuaciones que se realizan en la etapa de investigación preparatoria solo podrán enterarse las partes de manera directa o través de sus abogados –es lo que se denomina secreto externo de la investigación preparatoria–.

La solución a este conflicto se resuelve de conformidad con el **principio de proporcionalidad**. Recuérdese que el artículo 139.4 de la Constitución estatuye como garantía jurisdiccional la **publicidad de los procesos** y que su limitación solo puede ser establecida mediante una disposición con rango de ley. La publicidad surgió como garantía frente a la arbitrariedad judicial y como mecanismo para fundar una mayor confianza en la impartición de justicia [ARMENTA], pero que se predica de otras fases procesales, no de la investigación preparatoria (STCE 62/1982, de 15 de octubre)–. Tratándose de la investigación preparatoria, ésta se justifica, no tanto en función al conocimiento de las partes de lo sucedido en la investigación, que se integra con la garantía de defensa procesal (STCE 176/1988, de 4 de octubre), sino en la necesidad de asegurar el éxito de la investigación [GIMENO]; esto es, de evitar filtraciones a terceros de las actuaciones investigativas [CALDERÓN – CHOCLÁN], que puedan provocar la fuga de los partícipes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba (STSE 779/2008, de 21 de noviembre). Por tanto, más allá de las prohibiciones que para el juicio oral recoge la Ley Procesal (artículo 357 CPP), que por razones obvias son aplicables al presente caso, siempre deberá tomarse en cuenta si una audiencia pública, en la que se discuta algún punto trascendente de la causa, puede o no perjudicar el éxito de la investigación, es decir, provocar la fuga o la perturbación de las fuentes de prueba. Por tanto, si esre riesgo no es relevante, la audiencia será pública –la relación entre publicidad y reserva es de regla/excepción, por lo que su contenido y extensión debe interpretarse restrictivamente [ARMENTA]–.

Un requisito subjetivo de la audiencia es la presencia de las partes. Éstas han de tener capacidad –tanto para ser parte como de actuación procesal–, legitimación –especial relación con el punto materia de discusión en la audiencia, con el objeto de la misma–, y postulación –la necesaria asistencia de Abogado– [ASENCIO MELLADO]. En el caso del defensor y en relación a su posible inasistencia se hace una clasificación de las audiencias en aplazables e inaplazables, a los efectos de su reemplazo, otorgando un plazo mínimo al imputado o haciéndolo inmediatamente por un defensor que en ese acto designe el imputado y esté presente o por el defensor público. Estas últimas son seis, y están taxativamente

identificadas en el artículo 85.2 in fine reformado CPP: audiencias preparatorias de prisión preventiva (artículo 271); audiencias preliminares de control de sobreseimiento (artículo 345); audiencias preliminares de control de acusación (artículo 351); audiencias principales de enjuiciamiento (artículo 367); audiencias únicas de incoación del proceso inmediato (artículo 447); y, audiencias únicas de juicio inmediato (artículo 448).

PARTE CUARTA

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

LECCIÓN NOVENA

ACCIÓN PENAL Y ACCIÓN CIVIL

I. ACCIÓN PENAL

1. Aspectos generales

1.1. Concepto

La acción penal, reconocida por el artículo 1 CPP, es considerada por la Ley Procesal como un poder jurídico público [DE LA OLIVA] que impone el derecho constitucional y cuyo ejercicio regula el derecho procesal [VÉLEZ MARICONDE], que se ejercita a través del Ministerio Público o del ofendido por el delito, quien pone en conocimiento al juez la incoación de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 459 CPP) o una noticia criminal, a partir de la cual este, (i) o registra la inculpación y nace la posibilidad de control o jurisdicción preventiva o de garantía, (ii) o dicta una resolución motivada y fundada sobre su admisión o sobre la finalización del proceso penal.

En sede penal, a diferencia de la acción civil, únicamente puede hablarse de acción como poder y solo en sentido abstracto [CARNELUTTI]. El poder jurídico de acción importa, en su inicio, provocar la formación del proceso y, luego, de mantenerlo vivo a fin de que quien lo ostenta pueda ser y actuar como parte acusadora. La acción va dirigida al órgano jurisdiccional para que en nombre y como representante del Estado sancione el acto delictivo. Además, la acción como poder jurídico es autónoma, es decir distinta del derecho de penar que al Estado corresponde [ALCALÁ ZAMORA].

1.2 Alcance

Este poder jurídico será un derecho deber en el caso del Ministerio Público (artículo 1.1 CPP), íntimamente relacionado con sus funciones públicas. La Fiscalía debe ejercer la acción penal ante la sospecha razonable de la comisión de

un delito público (artículo 329.1 CPP), dada su especial misión de defender la legalidad (artículo 159.1 Constitución), aunque más que un derecho se trata de una obligación que gravita sobre los miembros del Ministerio Público de defender a la sociedad, a la víctima y al principio de legalidad.

Será un derecho en el caso del directamente ofendido en los delitos privados (artículo 1.1 CPP), que se ejerce a través de la querrela –derecho subjetivo disponible– (artículo 459.1 CPP). Este derecho potestativo está informado por el principio de oportunidad, al otorgar al ofendido un derecho a la no perseguibilidad del delito. Es una cualidad personal e intransferible. Solo el ofendido por el delito puede erigirse en parte acusadora y, a la vez, apartarse del proceso que inició (artículos 78.3 CP y 464.2 CPP), así como, en su caso, provocar la extinción de la responsabilidad penal declarada judicialmente mediante el perdón (artículo 85.4 CP).

La ciudadanía no tiene un derecho de acción penal; los ciudadanos no son sujetos de la acción penal. Solo pueden dirigirse al órgano jurisdiccional el Ministerio Público en delitos públicos y el directamente ofendido en los delitos privados. Ello en modo alguno limita el derecho de petición de los ciudadanos para comunicar, vía denuncia, al Ministerio Público –que es una autoridad pública– la comisión de delitos públicos (artículo 326.1 CPP).

El Ministerio Público promueve la acción penal a través de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336 CPP), mientras que el ofendido en los delitos privados lo hace mediante la querrela (artículos 1.1 y 459.1 CPP). En ambos casos se comunica al juez de la investigación preparatoria la presunta comisión de un delito y se le atribuye, bajo determinados parámetros legalmente configurados, el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Lo propio del CPP es que sus presupuestos no están sometidos al control jurisdiccional en el primer supuesto –la concordancia de los citados artículos 3 y 336.3 CPP no da lugar a dudas–, en el caso del Ministerio Público. Tal control, sin embargo, se afirma en el caso del ofendido en delitos privados, en cuya virtud el juez ha de juzgar si el hecho denunciado no constituye delito, si la acción ha prescrito o si versa sobre hechos punibles de acción pública; únicamente si los hechos parecen delictivos y punibles tiene sentido el proceso y la existencia en él de una parte acusadora [DE LA OLIVA].

La regla general es, entonces, que el fiscal –siempre en los delitos públicos– es quien tiene la facultad de promover, por sí mismo, el proceso. Actúa con discrecionalidad técnica: debe discriminar si se encuentra o no ante un hecho que

puede constituir delito para promover la acción o abstenerse de hacerlo [CREUS], siempre que aprecie que existen indicios reveladores de su existencia (artículo 336.1 CPP).

Lo expuesto equivale a afirmar que el sistema del ejercicio de la acción penal acogido por el CPP es el de la acusación oficial, con monopolio del Ministerio Público, que solo tolera, por razones político-criminales y de proporcionalidad, la titularidad del ofendido en los delitos privados.

1.3. Contenido

El contenido de la acción penal consiste en provocar la incoación del proceso penal en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento, así como de actuar como parte a todo lo largo del proceso. El poder jurídico público de acción no conlleva la exigencia de la obtención de una sentencia de condena con un contenido determinado (teoría concreta de la acción), es solo un mero *ius ut procedatur* –derecho a la jurisdicción–, a que el Estado le conceda protección jurídica. Lo expuesto hace, sin más, que la actividad judicial importe una prestación debida al actor.

El *ius ut procedatur* es diferente del *ius puniendi*, que pertenece al derecho material y que depende solo del acto punible y de las condiciones de la punibilidad. Su contenido se encamina hacia el desarrollo reglado de la actividad jurisdiccional, a que se dicte una resolución judicial sobre el objeto procesal. Esta separación entre ambas nociones hace posible que un imputado sea perseguible pero no punible, y que primero se verifique si existe el poder jurídico de perseguir, y, si este no existe, no debe tenerse en consideración el hecho y su punibilidad [BELING].

El proceso penal es un proceso de selección, a través del cual se van destilando las noticias criminales hasta el punto de hacer llegar al juicio oral tan solo aquellos delitos previamente determinados, con autor conocido y presente en los autos, y con respecto al cual no concurra la evidencia sobre la existencia de alguna causa de extinción o incluso de determinadas de exención de la responsabilidad penal [GIMENO].

2. Modalidad de ejercicio

La titularidad de la promoción de la acción penal la tiene el Ministerio Público en régimen de monopolio en los delitos públicos –aunque es necesario recordar que no siempre fue así, pues históricamente este poder lo ha ejercido

el rey, luego el juez instructor, hasta llegar al Ministerio Público, que recién en la Constitución de 1979 adquirió autonomía constitucional separada del Poder Judicial—. La ejerce de oficio o a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona mediante acción popular —en este caso, como se ha dejado expuesto, se trata de un mero derecho de petición que se insta, y culmina, mediante una denuncia—. Se concreta a través de la emisión de una Disposición, conforme a los artículos 3 y 336 CPP: Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

El ejercicio de la acción es privada, exclusiva o absoluta, en los delitos privados, y se ejerce mediante querrela (delitos contra el honor, intimidación, 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— (artículo 94.1 CPP). Al agraviado —ofendido o perjudicado— se le debe realizar el denominado ofrecimiento de acciones, según el artículo 95.2 CPP.

En estos casos el Estado no se limita a conceder al ofendido el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino que le acuerda un derecho que condiciona y enerva por completo la potestad pública. La acción procesal le es concedida porque es el único medio de hacer valer el derecho sustancial que la ley le confiere: el derecho de provocar la represión con exclusión de otra persona [VÉLEZ MARICONDE].

La acción penal privada puede ser también “relativa o no exclusiva”. Surge de la comisión de un delito semipúblico, en cuyo caso el monopolio del ofendido sobre el objeto procesal se limita exclusivamente al ejercicio de la acción penal. A diferencia de los delitos privados, el ofendido no goza de la disponibilidad de la pretensión penal, pues solo el Ministerio Público está legitimado para sostenerla (artículo 1.3 CPP). El Código Penal solo reconoce los delitos semipúblicos puros, no los semipúblicos con interés privado [GIMENO].

En estricto derecho, en los delitos semipúblicos el ofendido no tiene propiamente el ejercicio de la acción penal, sino una facultad preprocesal, anterior al proceso y también sustantiva, que es la facultad de provocar la promoción de la acción penal. El ofendido juzga sobre la conveniencia y oportunidad de provocar el proceso penal; la ley deja a su arbitrio la apreciación de los intereses familiares y

sociales que pueden estar en pugna; le acuerda la facultad de instar la promoción de la acción, no la promoción misma [VÉLEZ MARICONDE].

3. Principios informativos

Tres principios son fundamentales: oficialidad, legalidad e irrenunciabilidad. El primero responde a la pregunta: ¿quién persigue el delito? El segundo ¿bajo qué regulaciones se produce la persecución del delito? El tercero ¿es posible poner fin anticipadamente a la acción penal?

- A. Principio oficial.** La persecución penal constituye una obligación o un deber constitucional de un órgano público. No es necesario que una persona, natural o jurídica, lo impulse [BAUMANN]. Según el artículo 159.5 de la Constitución, la persecución penal corresponde al Ministerio Público. Hay dos limitaciones y una excepción [GÓMEZ COLOMER]: **1.** Delitos semipúblicos; **2.** Delitos cometidos con ocasión de la función pública cometidos por altos dignatarios; **3.** Delitos privados, como excepción.
- B. Principio de legalidad u obligatoriedad.** Es el complemento imprescindible del sistema de acusación oficial, mediante el cual la Fiscalía está obligada a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista caracteres de delito [GÓMEZ ORBANEJA], siempre que existan concretos indicios fácticos de un hecho punible [TIEDEMANN], es decir, cuando lo considere procedente. Este principio está asegurado por el procedimiento para forzar la acusación (artículo 346.1 CPP) y por la amenaza penal del artículo 404 CP que sanciona el delito de encubrimiento personal [ROXIN]. Son remedios que articula la ley para evitar el error del fiscal y garantizar la vigencia de la legalidad penal y procesal penal.
- C. Principio de irrenunciabilidad.** Este principio determina que la acción penal, una vez promovida, debía continuar necesariamente hasta alcanzar su fin por los medios procesales establecidos, sin la posibilidad de hacerlo cesar anticipadamente o por vías alternas. Este principio en la actualidad ha perdido vigor a raíz de que, bajo el principio acusatorio, el fiscal puede proponer terminar anticipadamente el proceso penal (artículo 468 y siguientes del CPP), o bajo criterios de oportunidad (artículo 2 del CPP), no formalizar el inicio del proceso penal. En suma, es posible, aunque en reglados supuestos –cada vez más numerosos– que el Estado renuncie al 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 (artículo 78, § 1, CP).

La acción penal se extingue, según el artículo 78 CP, en casos de muerte del imputado, prescripción, amnistía y cosa juzgada. La extinción importa la autolimitación de su potestad punitiva [VILLA STEIN], en consecuencia, impiden el inicio o la prosecución del proceso penal [GARCÍA CAVERO].

5. Las causales de extinción de la acción penal y los presupuestos procesales

5.1. Interrelación entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal

El artículo 78 del CP regula, como señala su enunciado normativo, las causales de extinción de la acción penal –según nuestra tradición histórica y de algunos países de nuestro entorno (Argentina, Venezuela, Colombia, Bolivia, Alemania, Suiza) el CP utiliza la expresión “acción penal” no delito, punibilidad o responsabilidad penal, como es el caso de Italia, Chile, Uruguay, Honduras, Nicaragua, Brasil, España–, aunque en pureza su naturaleza jurídica es de Derecho penal material –en especial la de más calado que es la prescripción–. Este precepto menciona expresamente cinco supuestos: muerte del imputado, prescripción, amnistía, derecho de gracia y cosa juzgada –en función a todos los delitos–, así como otros dos supuestos: desistimiento y transacción –en el caso de los llamados “delitos privados”–. Desde tal perspectiva, el artículo 6 del CPP incorpora como excepciones la cosa juzgada, la amnistía y la prescripción; asimismo, el artículo 4 del CPP reconoce la cuestión previa para denunciar la omisión de un requisito de procedibilidad, que exige, por ejemplo, la querrela en delitos

privados, la aquiescencia de la víctima en delitos semipúblicos, el informe de la autoridad en determinados delitos (ambientales, financieros, etc.), la autorización parlamentaria en delitos funcionales cometidos por congresistas y otros altos funcionarios públicos: acusación constitucional. La vigencia de la jurisdicción peruana —la extraterritorialidad—, como presupuesto procesal vinculado al órgano jurisdiccional, se plantea propiamente, atento a lo señalado por GÓMEZ COLOMER, como una cuestión de competencia **atípica**.

La doctrina no es conteste en el entendimiento de los denominados “presupuestos de la punibilidad” y “presupuestos procesales”, y en su adscripción, en función a la identificación de cada concreta institución, al derecho penal o al derecho procesal penal. La razón de la diferencia reside en determinar si se trata de categorías referentes a la cuestión de la culpabilidad (expresión entendida en sentido anglosajón o procesal) —referida a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad— y de la pena —otras condiciones o causas de exclusión de la punibilidad—, en cuyo caso corresponderá al derecho penal material [VOLK]. Todo aquello que no está comprendido en estas categorías, se puede entender como **presupuestos procesales** —dicen ROXIN/SCHÜNEMANN—; de ellos depende la admisibilidad de todo el proceso o ciertas etapas del proceso, es decir, obstaculizan o impiden la persecución penal. Aunque, siempre es del caso reconocer que, de uno u otro modo, en ambos casos se incide en la cuestión de la pena y en valoraciones político-criminales.

Los **presupuestos de la punibilidad**, explica STRATENWERTH, condicionan la necesidad de protección del orden social —más allá de la realización culpable del delito—; la punibilidad, apuntan BERDUGO-ARROYO y otros, es un nuevo eslabón en la teoría del delito, que se caracteriza por limitar la intervención penal sobre la base de perseguir determinados objetivos de política criminal, de suerte que al merecimiento de pena se agrega la **necesidad de pena**. Y, los **presupuestos de la procedibilidad**, como puntualiza CUELLO CONTRERAS, engloban todos aquellos supuestos en los que, por razones de economía procesal (en el sentido de razones situadas más allá de los bienes penalmente protegidos en concreto), no conviene que la maquinaria procesal se ponga en marcha.

Existen, aclara Stratenwerth, soluciones penales y procesales para los delitos de bagatela (artículo 68 CP: exención de pena, y artículo 2 CPP: principio de oportunidad). En estos casos, revela Roxin, el legislador, mediante disposiciones meramente facultativas, dejó en manos del fiscal y, excepcionalmente, del juez mayor libertad para decidir la no represión del injusto culpable, pues no quiso recurrir al procedimiento de la subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena.

Como esta técnica, insiste Stratenwerth, no siempre es suficiente en razón de variadas circunstancias adicionales del caso particular, se reconocen en el derecho penal sustantivo otras tres categorías: **(i) condiciones objetivas de punibilidad** (por ejemplo, requerimiento de pago en el delito de libramiento indebido, artículo 215 in fine CP), **(ii) causas personales de exclusión de la pena** (v.gr.: expresiones injuriantes de un congresista y delitos patrimoniales de parientes: artículo 93, párrafo 2, de la Constitución y artículo 208 del CP), y **(iii) causas de eliminación de la pena** (por ejemplo, impunidad por desistimiento voluntario: artículo 18 CP).

De todas ellas depende el derecho de penar del Estado –pertenecen, en términos de GALLAS y SCHMIDHÄUSER, al **complejo o situación del hecho** y a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídico-penal–, por lo que es de rigor distinguirlas de las **condiciones de la persecución penal** (o condiciones de perseguibilidad), que atañen solamente a la admisibilidad del proceso penal –a sucesos que están situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho–, lo que desde luego no significa que al estar referidas también a la pena son ajenas al derecho procesal. Por consiguiente, como postula Roxin, “...las circunstancias que excluyen la pena y que por su falta de vinculación con el complejo del hecho no están sujetas a la prohibición de retroactividad [artículo 103 de la Constitución], o cuya apreciación se encomienda al arbitrio de las autoridades encargadas de la persecución penal sin vinculación a la determinación legal, pertenecen al Derecho procesal”.

5.2. Legislación nacional

En el CPP se conciben, desde una estimación procesal, los puros presupuestos de la persecución penal, que son **(i)** la cuestión de competencia para la denuncia de la falta de jurisdicción peruana por incumplimiento de las disposiciones de los artículos 1 al 4 del CP, **(ii)** la falta de autorización de la autoridad administrativa o política –para jueces y fiscales: decisión del Fiscal de la Nación; y, en los delitos contra los derechos de autor, delitos ambientales, delitos contra funcionarios del sistema financiero y delitos contra la formalización de la propiedad: informe de la autoridad técnica–, **(iii)** la falta de autorización de la víctima en delitos semipúblicos (corrupción al interior de órganos privados) y la falta de querrela en los delitos privados (lesiones culposas leves, contra el honor, contra la intimidad, lesiones culposas leves y corrupción privada), **(iv)** la muerte del imputado, y **(v)** la cosa juzgada.

Desde una consideración **material**, ya como presupuestos de la punibilidad, por integrar mayormente el **complejo del hecho**, lo que justifica su tratamiento en el Código Penal, son **(i)** la prescripción [con reservas] y **(ii)** la amnistia –el

derecho de gracia, incluida como tal por el artículo 118.21 de la Constitución como una atribución del Presidente de la República, al lado del indulto y de la conmutación de penas, por incidir en razones distintas del complejo del hecho, es de configurarla como un presupuesto de la persecución penal—, aunque, como manifiesta JESCKECK, están ordenadas o dispuestas desde el punto de vista jurídico-procesal, y así lo señala el CPP, como un obstáculo procesal.

II. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. Concepto y justificación

Preliminarmente debe acotarse que el sometimiento al principio de legalidad u obligatoriedad no excluye, en principio, la concurrencia de discrecionalidad entendida como necesidad de interpretación y decisión en un ámbito contemplado por la propia ley. Respecto del Ministerio Público, decía GÓMEZ ORBANEJA, que el problema de la fundamentación de la acción es una cosa y otra distinta el de la oportunidad de una acción fundada. Es completamente diferente determinar, por ejemplo, conforme a las normas de Derecho penal, si un hecho es constitutivo de delito, que abstenerse de promover la acción penal o introducir la pretensión punitiva por hechos que sean constitutivos de delito.

El principio de oportunidad, aclara ARMENTA DEU, soporta dos concepciones: una amplia y otra estricta. Conforme a la concepción amplia, como señalara PLAGIERO, se entiende como aplicación del principio de oportunidad todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo, esto es, tanto las técnicas despenalizadoras cuando las específicamente procesales o de los delitos perseguibles únicamente a instancia de parte. Con arreglo a la concepción estricta el principio de oportunidad se limita en el aspecto subjetivo a los sujetos públicos, y desde el aspecto objetivo al marco del proceso, abarcando las excepciones a la obligación de incoación ante todo conocimiento de una notitia criminis a la finalización del proceso a través de una resolución, según lo previsto en la ley procesal penal. Este último aspecto será al que nos referiremos.

En cuanto al contenido de este principio, enseña ARMENTA DEU, es posible concretarlo a partir de tres perspectivas. Desde una perspectiva subjetiva, en relación a los órganos públicos; desde la perspectiva objetiva, circunscrito al ámbito de las obligaciones de los citados órganos públicos (Fiscalía y Poder Judicial) en el proceso, precisamente con arreglo al principio de legalidad; y, finalmente, desde la perspectiva teleológica, referido a cualquier forma que enervara las

citadas obligaciones. Así, (1) el límite subjetivo se incardina en el fiscal y el juez, dejándose al margen la actuación de los sujetos privados, el cual está delimitado, por esencia, a la disponibilidad de sus derechos y por ende al imperio del principio de oportunidad. (2) El aspecto objetivo y en buena medida el teleológico reconoce que las manifestaciones del principio de oportunidad abarcan un abanico extenso y recorre, según las legislaciones, desde el ejercicio de la imputación y, luego, de la acusación de forma absolutamente discrecional a múltiples variantes de finalización del proceso anticipadamente, incluyendo variantes de negociaciones, previsiones legales de cerrar la investigación sobre determinados hechos delictivos, eliminación de la fase de investigación, eliminación de la necesidad de celebrar juicio o incremento de procesos especiales. Un criterio más amplio es planteado por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, al exponer que también pueden encontrarse manifestaciones del principio de oportunidad en el Código Penal, y, más concretamente: la denuncia en los delitos semipúblicos, la querrela en los delitos privados, el perdón del ofendido, la remisión condicional y las delaciones premiadas.

En nuestro CPP se centra en la gestión del procesamiento penal –si se dicta o no la disposición de formalización de la investigación preparatoria–, y en la evitación del juicio, en sede intermedia. El consenso se ha venido imponiendo a través del proceso especial de terminación anticipada, de la conformidad procesal y del proceso por colaboración eficaz.

Por consiguiente, el principio de oportunidad puede definirse como 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 artículo 159 de la Constitución –promoción del interés público tutelado por la ley– autoriza restricciones al principio de legalidad, así, por ejemplo, configurar el interés público desde el derecho del imputado a obtener una más expeditiva resocialización, y de la víctima, estimulando una pronta reparación, previa conformidad negociada.

En atención a lo expuesto, la nota característica de su aplicación es la excepcionalidad, lo cual no quiere decir que solo en pocos casos se aplicará el principio de oportunidad, sino que deberá hacerse en los casos que se ajusten a la ley y pueda sustentarse en uno o más fundamentos de utilidad objetiva, que hagan razonable aplicar un criterio de oportunidad, lo que debe explicarse detalladamente en la disposición fiscal [ANGULO ARANA].

Por último, resumidamente, es factible reconocer que el principio de oportunidad, como todas las instituciones procesales, tiene ventajas y desventajas. ARMENTA DEU las sistematiza de la siguiente manera:

- A.** Las ventajas del principio de oportunidad son cuatro: **1.** Atiende a razones de interés social o utilidad pública en una triple vertiente: **(i)** permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos, en aquellos en que conlleven una escasa lesión social, **(ii)** estimula la pronta reparación de la víctima, y **(iii)** evita los efectos criminógenos de las pernas cortas privativas de libertad.

2. Contribuye decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de la formal. **3.** Favorece un proceso sin dilaciones indebidas. **4.** Constituye el único instrumento que permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos, en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución. En esta perspectiva, además de reforzar la negociación entre agente y fiscal, con la intervención del agraviado, permite sustituir la pena privativa de libertad por otra e incorpora la reparación como instrumento condicional de obtención de beneficios y alternativa a la propia pena, así como, complementariamente, da paso a posibles formular de mediación penal y a la incorporación de procedimientos restaurativos –hoy tan necesitado de su instauración en nuestro país– [BARONA VILAR].

- B.** Las desventajas del principio de oportunidad son cinco: **1.** Desde el punto de vista constitucional lesiona el principio derecho de igualdad ante la ley, pues la reacción penal dependerá del criterio del fiscal en cada caso concreto y una aplicación desigual en todo territorio por el conjunto de integrantes de la carrera fiscal. **2.** Atenta contra el postulado de que la Administración de justicia es una función encomendada exclusivamente a los jueces, que es reemplazada por el criterio del Ministerio Público. **3.** Pone en peligro los logros que conlleva la estricta sujeción al principio de legalidad; especialmente, el efecto conminatorio de la sanción penal o la seguridad jurídica implícita en la certidumbre de que todo hecho que revista los caracteres de delito será perseguido en términos de igualdad. **4.** Impone una nueva atribución de roles entre juez y fiscal, en la medida en que al fiscal se le transfiere en todo o en parte el poder decidir con un buen margen de discrecionalidad (aunque sea reglada). Cuando hay acuerdos, al juez se le sitúa en una posición anómala al dejar de juzgar, ni de garante desde la imparcialidad. **5.** Deja sin cobertura el riesgo de que el órgano al que se atribuye la facultad discrecional de incoar o no un proceso penal sea quien decida en definitiva sobre la realización del Derecho penal (dado que no puede haber pena sin proceso).

De otro lado, el principio del consenso, ha de entenderse como un criterio de oportunidad y está en función a la conformidad negociada, al proceso especial de terminación anticipada y al proceso por colaboración eficaz –inicialmente era considerado, al igual que, propiamente, principio de oportunidad en su conjunto, como un *corpus alienum*, pero luego por razones sociales y causas vinculadas a la transformación del Derecho penal [Barona Vilar], se ha incorporado

paulatinamente. Está radicado en diversas fórmulas de terminación del proceso mediante un acuerdo –éstas han llegado para quedarse–. Como el reo negocia su libertad con el Ministerio Público, lo más relevante es la garantía judicial sobre si tal manifestación es libre y con efectivo conocimiento de las consecuencias que comporta.

2. El artículo 2 CPP

El principio de oportunidad está contemplado en la ley procesal –el artículo 2 del CPP ha sido modificado por la Ley n.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.

El artículo 2 del CPP, como se tiene expuesto, ha sufrido numerosas reformas. El objeto de los cambios normativos fue ampliar el principio del consenso y delimitar los supuestos de pena natural y de escasa lesividad y mínima culpabilidad, así como excluir a los reincidentes, habituales y a los que se hubieran acogido a estas figuras con anterioridad. Se buscó una definición más objetivada de los criterios de oportunidad, reduciendo la discrecionalidad de la Fiscalía, priorizando el principio del consenso. En materia de minería ilegal (artículos 307-A al D, del CP), pese a la gravedad de estos delitos, se optó por aplicar el acuerdo reparatorio, a condición de que el autor suspenda sus actividades ilícitas.

2.1. Criterios de oportunidad

El citado artículo reconoce dos grandes grupos de expresión del principio de oportunidad: **1.** Por razones de pena natural –falta de necesidad de pena– y de insignificancia o de interés disminuido en la persecución penal –falta de merecimiento de pena–, inspirados en el modelo germano. **2.** Por acuerdo reparatorio.

2.1.1. Primer grupo

- A. Falta de necesidad de pena. El agente se ha visto afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta innecesaria –pena natural–. Como el imputado se ha castigado a sí mismo al sufrir las graves consecuencias de su delito, la pena no resulta necesaria. A final de cuentas, la pena que podría imponerse por el hecho en cuestión sería siempre menor o irrelevante al daño que efectivamente ya se ha sufrido el autor del delito, de suerte que esta no cumpliría sus fines [SÁNCHEZ VELARDE]. El CPP ha fijado un límite objetivo, con base en el principio de proporcionalidad: el delito no debe ser reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Se trata, en este caso, de un principio de oportunidad “puro”, pues cuando es declarado por la Fiscalía no existen condiciones que el imputado deba cumplir.

- B. Falta de merecimiento de pena. Presenta dos supuestos: delitos bagatela y mínima culpabilidad –*minimis non curat praetor*–. Se atiende a la escasa medida del injusto y de la culpabilidad, en concordancia con la falta de interés público en la persecución, siempre que el imputado repare el daño ocasionado –la reparación integral a la víctima entendida ampliamente es, pues, un presupuesto indispensable para la viabilidad de la renuncia a la pena y al proceso–. Se considera, por un lado, aquellos hechos típicos cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia; y, de otro, aquellas formas de realización insignificante de delitos que merecen ser desviadas a otras formas de control social [LÓPEZ MASLE].
- (i) La escasa lesividad del delito perpetrado tiene como referencia su consideración de menor importancia debido a la valoración punitiva que de él ha hecho el legislador. En todo caso lo bagatelario del delito se concreta en dos límites objetivos. En primer lugar, debe tratarse de infracciones punibles cuya sanción en su extremo mínimo no sea superior a dos años de pena privativa de libertad. En segundo lugar, están excluidos los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.
- (ii) El interés público si bien es un concepto jurídico indeterminado, requiere de una concreción jurídica, que no puede lesionar los valores constitucionales en juego. Desde la prevención especial el interés

público estará presente cuando, sin la sanción, se puede esperar que el sujeto vuelva a cometer otros delitos, siendo alguno de sus indicadores los antecedentes penales, la convicción hostil del sujeto frente a la sociedad o el desconocimiento consciente de la autoridad. Desde la prevención general será del caso tener en cuenta la defensa material del ordenamiento jurídico, el significado del bien jurídico lesionado, la necesidad de prevenir hechos punibles y del reforzamiento del sentido de seguridad de la población, el interés de la generalidad en la aclaración del fondo 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, afirmarían el interés público la comisión constante de la misma clase de delitos [PERDOMO TORRES].

- (iii) La mínima culpabilidad se objetiva en todos aquellos supuestos de exención incompleta de responsabilidad penal (artículos 14, 15, 21, 22 y 25 CP), unidos a la ausencia de interés público en la persecución, siempre que el delito no esté conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o se cometa por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Este primer grupo de supuestos o criterios de oportunidad configuran lo que se denomina: principio de oportunidad “bajo condición”, por cuanto la abstención de la promoción de la acción penal permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones. Estas consisten en la reparación de los daños y perjuicios ocasionados –consolidados a partir de una disposición de la Fiscalía o de un acuerdo con la víctima–. Su incumplimiento determina la inculpación formal.

El procedimiento para garantizar la satisfacción del interés de la víctima se insta de oficio o a pedido de parte. Importa la citación de ambas partes, salvo que exista acuerdo previo notarial. El objetivo es llegar a un acuerdo, pero si no es posible, el fiscal fijará la reparación que corresponda, así como determinará el plazo de su cumplimiento, que no excederá de nueve meses. Si el imputado no cumple con satisfacer la reparación, se instará la acción penal. Visto en este marco, el principio de oportunidad se concibe como un archivo de las actuaciones por la falta de importancia del conflicto penal en cuestión [LLOBET], en cuyo caso se trata de una medida exclusivamente fiscal, sin intervención del órgano jurisdiccional.

Distinta será la solución si la supresión del interés público demanda un pago adicional a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de reglas de conducta del artículo 64 CP. El archivo por oportunidad será decretado, a instancia del fiscal, por el juez de la investigación preparatoria, que resolverá previa audiencia. La intervención del citado juez también se produce, en uno u otro caso, cuando ya se formuló acusación fiscal y sea del caso renunciar al recurso de la pena (artículo 350.1e CPP).

En todos los casos en que corresponda decidir al juez de la investigación preparatoria, la amplitud del control que le corresponde está en función a un estricto juicio de legalidad sobre los requisitos que condicionan el ejercicio de este poder discrecional al Ministerio Público, a quien la Constitución le reserva la titularidad del ejercicio de la acción penal, tales como las características y peculiaridades de los delitos susceptibles de renuncia, así como los supuestos legales, bajo pautas de razonabilidad –que no incluyen el reemplazo del criterio del fiscal–, que determinan la presencia de interés público, de grave afectación al agente por las consecuencias de su delito y de mínima culpabilidad [BOVINO].

2.1.2. Segundo grupo

Es el acuerdo reparatorio, en cuya virtud se excluye el proceso y la aplicación de una pena como consecuencia de este en tanto en cuanto exista acuerdo entre las partes tendente a reparar el daño ocasionado por el delito. El artículo 2.6 CPP identifica taxativamente los trece delitos dolosos que pueden integrarlo, así como incorpora todos los delitos culposos. La referencia a determinados delitos se limita o excepciona cuando estos han afectado a una pluralidad importante de víctimas o cuando los delitos en cuestión 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 artículo 2 CPP, puede fijar la reparación que corresponda y que deberá cumplirla el imputado. Es evidente, con arreglo al apdo. 7 *in fine* del artículo 2 CPP, que, si existe un acuerdo privado entre imputado y víctima, en tanto se ha celebrado en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, no será necesaria la audiencia, salvo que el juez, en aras de la defensa del interés público en la reparación integral, considere irrazonable los términos del acuerdo privado.

2.2. Momento procesal

Si bien la sede natural del principio de oportunidad son las diligencias preliminares –subfase procesal eventual de la investigación del delito–, en las que el señorío del fiscal sobre el procedimiento penal es absoluto, también puede tener lugar en sede de investigación preliminar formalizada –subfase procesal que se inicia cuando el fiscal ya promovió la acción penal mediante la emisión de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336.1 CPP)– según lo autoriza el apdo. 7 del artículo 2 CPP, a partir de la cual el control jurisdiccional sobre el curso de la acción penal es pleno, pues el juez es la única autoridad que puede disponer su archivo o prosecución. El límite es la emisión de la acusación fiscal.

En sede de investigación preparatoria formalizada la resolución judicial de sobreseimiento por oportunidad se dictará previa audiencia, con citación de las partes: fiscal, imputado y agraviado –no se requiere que se constituya en actor civil–. La incoación del trámite judicial de sobreseimiento requiere previa petición del Ministerio Público, y la decisión sobre la misma necesita de la aprobación del imputado. Es claro que se exige la posición favorable del fiscal y del imputado. La presencia del agraviado no condiciona la realización de la audiencia, y su pretensión en modo alguno evita una decisión judicial favorable al sobreseimiento por oportunidad.

El artículo 350.1e CPP, emitida la acusación fiscal, permite que en la etapa intermedia del proceso penal también se pueda solicitar el sobreseimiento por oportunidad. En este caso, el procedimiento será el propio de la audiencia preliminar previsto para controlar la acusación fiscal (artículo 351 CPP); y regirá en lo pertinente las disposiciones de trámite previstas en el artículo 2 CPP, en orden

a la concurrencia o inconcurrencia de las partes. Es obvio que, en este supuesto, como el fiscal es el titular de la acción penal, fuera de los casos del artículo 68 CP –que sin duda es un supuesto de oportunidad, de exención de la pena, que el juez puede aplicar *ex officio*–, es imperativa la aceptación del fiscal, en tanto la oportunidad pertenece al campo de actuación privativa del Ministerio Público, titular de la acción penal.

Como ya se ha puntualizado, cuando sea menester la decisión judicial para suprimir el interés público en la persecución, el juez de la investigación preparatoria, previa audiencia –con citación de las partes y del agraviado–, y a pedido del fiscal y anuencia del imputado, decidirá lo pertinente, y de ser el caso dictará auto de sobreseimiento por oportunidad (artículo 2.5 CPP).

III. ACCIÓN CIVIL EX DELICTO

1. Planteamientos Básicos

1.1. Bases históricas

El tratamiento de la responsabilidad civil en sede penal, desde siempre, ha sido reconocido en los tres Códigos Penales patrios (CP de 1863 –artículos 18/22–, CP de 1924 –artículos 65/80– y CP de 1991 –artículos 92/101–), bajo consideraciones propias. Sin perjuicio de dicha regulación, también se incorporaron numerosas disposiciones específicas en los Códigos Civiles (CC de 1852 –artículos 2189/2211–, CC de 1936 –artículos 1136/1149– y CC de 1984 –artículos 1969/1988–). Es de destacar una disposición del Código Penal de 1863 cuando señaló que todos los que tienen responsabilidad criminal también la tienen civilmente, y que los que están exentos de responsabilidad criminal no lo están de responsabilidad civil; y, anteriormente, el Código Civil de 1852 estipuló que la acción civil por daños provenientes de delitos y cuasi delitos es independiente de la acción criminal que corresponda conforme a las leyes. Sobre este particular el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 01-03-1863 si bien no desarrolló normativamente el procedimiento para hacer efectiva la reparación civil, entendió que el agraviado tenía plenas facultades para instar la responsabilidad civil, conforme al Código Penal. El Código de Procedimientos en Materia Criminal de 02-01-1920, aun cuando no instituyó un Título para la parte civil y la acción civil *ex delicto*, igualmente en ocho artículos dispersos reguló la responsabilidad civil y la actuación de la parte civil.

El Código Penal de 11-01-1924 –llamado Código Maurtua–, tras cambiar la denominación de “responsabilidad civil” por “reparación civil”, no solo convirtió ésta en acción pública y trató de garantizar que la víctima no sea burlada por la mala fe del delincuente, siguiendo el modelo italiano, de su CP de 1921, sino que dispuso que el Ministerio Público debía exigir la reparación civil conjuntamente con la pena, así como la anulación de los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al delito en cuanto disminuyeran el patrimonio del condenado y lo hicieran insuficiente para cancelar la reparación civil. El Código Civil de 02-06-1936 no solo incorporó, con una lógica específica, los supuestos de justificación e introdujo los casos de responsabilidad aquiliana, también reconoció el daño moral y afirmó la responsabilidad solidaria de los responsables del hecho dañoso. El Código de Procedimientos Penales de 23-11-1939 –llamado Código Zavala Loayza– incorporó un Título, el Quinto, dedicado a la parte civil, en el que indicó quién podía ser parte civil, cómo se incorporaba al proceso, sus atribuciones y actividad procesal, así como sus facultades de intervención en el proceso –la constitución en parte civil, no obstante, no eximía al Ministerio Público de instar la reparación civil, aunque bajo la concepción, respecto de la acción penal, de accesoriedad plena de la acción civil–.

El Código Penal de 08-04-1991 no reprodujo los preceptos del Código Penal anterior respecto a la oficialidad de la acción civil *ex delicto*, ratificó que el ámbito de la reparación civil es la restitución, reparación e indemnización, precisó que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena –ya no que la persigue el Ministerio Público–, insistió en la obligación solidaria de los partícipes en el hecho punible y en la anulación de los actos de disposición de sus bienes luego del delito cometidos por los responsables, así como configuró un nuevo tipo de responsabilidad civil de las personas jurídicas (artículo 104), que es la privación de los beneficios obtenidos como consecuencia del delito cometido en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios y dependientes. El Código Civil de 25-7-1984 siguió la tónica del Código Civil anterior, pero incorporó la responsabilidad objetiva, la intervención del asegurador y los seguros obligatorios, los intereses legales que devenga el hecho dañoso, y la precisión del lucro cesante, daño emergente, daño moral y daño a la persona (esfera patrimonial y extrapatrimonial del afectado). El Código Procesal Penal de 29-7-2004 diseñó normativamente la acción civil derivada del delito (artículo 11/15) y lo relativo al actor civil (modificó la nomenclatura del anterior Código, de “parte civil”), siendo de destacar la nulidad de transferencias luego del delito a partir de un cauce procesal incidental y, esencialmente, la asunción del modelo de la autonomía plena de la acción civil respecto de la penal. La absolución o el sobreseimiento no necesariamente excluye la responsabilidad civil y su requerimiento en el proceso penal.

1.2. Conclusiones

Es ejercida en el proceso penal con el fin de obtener una reparación del daño causado por la comisión de un delito (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 25). El delito es una especie de acto ilícito. La conducta que la ley penal califica de delito es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA]. La causa de la acción civil –definida la acción, en este caso, como derechos subjetivos públicos a obtener una tutela jurisdiccional, que no participa del contenido ni de los principios de la acción penal [RIFA/RICHARD/RIAÑO]– es el daño que emana del hecho delictivo, que puede ser objeto del proceso penal y está vinculada al objeto esencial y principal –el hecho punible– por una conexión heterogénea. El derecho a la acción civil, que nace de la sospecha de la comisión de un delito, se circunscribe a aquella conducta que ha causado injustas consecuencias negativas o daños y perjuicios– [DE LA OLIVA].

La acción, en rigor, no es *ex delicto*, sino *ex damno*. La Corte Suprema ha establecido que “en nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido este como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales al daño emergente y el lucro cesante, y daños extrapatrimoniales al daño moral y al daño de la persona” (Casación Civil n.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 CPP se afilia al sistema francés, en principio de obligatoria competencia adhesiva civil del juez penal. Una de las finalidades de la investigación preparatoria es, precisamente, determinar “la existencia del daño causado” (artículo 321.1 CPP). La acumulación, salvo renuncia o reserva del perjudicado para acudir al juez civil, se expresa en que la acción civil se promueve o ejerce ante el orden jurisdiccional penal (artículo 92 CP). Esta consideración (artículo 12.1 CPP) origina la prevalencia de la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de las consecuencias dañosas del ilícito civil derivado del delito, mientras estuviese pendiente el proceso penal [RIFÁ/RICHARD/RIAÑO].

Se produce, además, una acumulación de objetos procesales heterogéneos dentro del proceso penal, en virtud de la conexión (unidad de hecho) que existe entre la responsabilidad penal y la civil [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

La acción civil que se ejercita en el proceso penal es siempre la acción civil reparatoria, que coincide claramente con la acción de responsabilidad extracontractual, que se contrae por actos u omisiones ilícitas, que causen resultados perjudiciales, pero no se extiende a otro tipo de acciones (divorcio, revocación de la donación, etc.) [DE LA OLIVA]. Así lo contempla el Código Penal (Libro Primero, Parte General, Título VI, Capítulo I: reparación civil, artículos 92-101) y, en especial, el artículo 11.2 CPP. La acción civil resarcitoria, es aquella por medio de la cual el damnificado por el delito –que es objeto de la acción penal que se desenvuelve dentro de un debido proceso– reclama la restitución o reparación del daño que como consecuencia del delito le produjo [CREUS].

Nuestro ordenamiento jurídico, en consecuencia, admite tanto el ejercicio conjunto de la acción penal y la civil, como el ejercicio exclusivo de cada una de ellas, por lo que no es de recibo una separación radical entre los fines del proceso penal y el proceso civil. Siempre que del hecho punible se desprendan daños, salvo la expresa reserva o renuncia por el agraviado, el ejercicio de la acción penal –a cargo del Ministerio Público– implica el ejercicio de la acción civil. El proceso

penal beneficia considerablemente a la víctima y a su pretensión civil de modo que no se produce una radical escisión entre la articulación de la pretensión punitiva y la resarcitoria. La inclusión de la acción civil en el proceso penal nacional se fundamenta en algo más que en razones de economía procesal, pues fomenta la participación de los ciudadanos en la persecución de los delitos, siempre que se trate de los perjudicados; además, nuestra Ley Procesal Penal autoriza a los ciudadanos, perjudicados o no, en delitos públicos, a formular denuncias ante el Ministerio Público [SAINZ-CANTERO CAPARROS].

La Sección II “Acción Civil” –artículos 11-15– del Libro Primero “Disposiciones Generales” CPP, plantea varios cambios significativos en sus seis artículos respecto de la responsabilidad civil y el ejercicio de la acción civil, así como en relación con su tratamiento procesal.

2. Naturaleza de la acción civil *ex delicto*

La acción civil, como ha quedado establecido, es de naturaleza civil –en estricto sentido, privada y patrimonial–, en la medida que el delito o la falta no son el fundamento de la responsabilidad sino el daño ocasionado –entendido como perjuicio particular sobre el patrimonio del perjudicado, en su más amplia acepción material, moral, etc.–.

En esa línea, no hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ellas dimanase 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 supeditada a la emisión de una sentencia condenatoria. Es posible que se imponga una indemnización civil en una sentencia absolutoria (artículo 12.3 del CPP).

Llevando esta lógica más allá, afirmamos que la condena a reparar un daño causado por el delito no requiere la lesión efectiva del bien jurídico tutelado;

lo que equivale a decir a que es válida la responsabilidad civil en delitos de peligro, tal como se afirma en el Acuerdo Plenario n.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, aun cuando el autor no ha sido condenado e incluso que la condena civil sobrepase los límites del injusto penal. En esa línea, la STSE de 1903-94 ha precisado que al condenado penalmente por un delito de amenazas, se le condena también a indemnizar a la víctima por los daños a la salud que derivaron de aquellas amenazas (depresión, ansiedad) y cuya producción, obviamente, no es elemento típico del delito de amenazas.

La acción civil, en primer lugar, es de naturaleza privada porque corresponde al perjudicado y para su interés particular (así lo ha decidido el Acuerdo Plenario n.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/CHOCLÁN] y de que el legitimado no quiera ejercitarla [FLORIÁN], aunque respecto de esta última nota es de acotar que el fiscal está obligado a instarla, salvo renuncia o decisión de la víctima de intervenir por su propio derecho al constituirse en acción civil (artículos 11.1 y 98 CPP).

Tiene, asimismo, una naturaleza disponible como cualquier otra acción civil, por lo que su titular puede (i) desistirse de su ejercicio –sin perjuicio que se le autoriza a ejercerlo en sede civil (artículo 13 CPP)–, así como (ii) transigir, sin que el fiscal pueda oponerse, a cuyo efecto ya no solicitará reparación civil en su acusación –se entiende que si el perjudicado insta la acción civil y se constituye en actor civil cesa esa obligación de solicitar la reparación civil (artículo 14 CPP)–. Por otro lado, el actor civil y, en su caso, el fiscal, tiene el poder jurídico de exigir una sentencia motivada, exhaustiva y congruente, y su régimen ha de ajustarse a las exigencias del principio dispositivo [DE LA OLIVA]. Además, la reparación civil, a mérito de la acción civil ejercitada, en atención a los criterios de imputación propios que la sustentan, puede declararse y fijarse con independencia de la imposición de una pena o medida de seguridad (artículo 12 CPP).

La regla de unidad procesal del objeto penal con el objeto civil tiene mecanismos propios de regulación. El CPP permite desacumulaciones por razones específicas. Así, en los casos que la persecución penal no pueda proseguir, tales como reserva o archivo provisional del proceso o suspensión del mismo, el perjudicado puede hacerla valer en sede civil. En ese caso se excepciona la regla de la litispendencia, consagrada en el artículo 12.1 CPP.

Por otro lado, independiente de las posturas que se sostengan sobre la naturaleza de la responsabilidad *ex delicto*, la acción civil ejercitada en el proceso penal, esta debe correr la suerte que establezca la ley procesal correspondiente. El Código de Procedimientos Penales optó por un sistema de accesoriedad en sentido estricto, de forma que el juez penal solo tenía competencia objetiva para resolver la acción civil en la medida en que se dictara una sentencia condenatoria penal: solo si se condena al autor de los hechos es posible fundar la pretensión civil. Por el contrario, frente a una sentencia absolutoria o el sobreseimiento de la causa, el perjudicado debía acudir al proceso civil correspondiente a interponer su demanda. Si bien se quiebra el principio de economía procesal al exigirse que el actor civil inicie un nuevo proceso para hacer valer su pretensión, es cierto que la economía procesal, en sí misma, no es un derecho fundamental.

Sin embargo, el CPP decidió romper en forma definitiva con una accesoriedad mal comprendida, de forma que se permite en la actualidad que, a pesar de una sentencia absolutoria o el archivo definitivo por un sobreseimiento, el juez no esté impedido para emitir una sentencia para satisfacer la pretensión civil [ASENCIO]. En efecto, una absolución o un sobreseimiento no necesariamente importan o motiva la improcedencia de us declaración y ulterior determinación. La opción normativa que admitió el artículo 12, apartado 3, del CPP, no solo ratificó la diferencia entre acción penal y acción civil –los criterios de imputación son propios, no necesariamente coincidentes, en tanto que la acción civil es *ex damno* y se sigue por las reglas del Código Civil (preceptos de naturaleza civil), al tratarse incluso de un proceso civil acumulado al penal–. Además, el sistema que aceptó el Código Procesal Penal, a diferencia del que asumió el Código de Procedimientos Penales (accesoriedad estricta), es el de autonomía de la acción civil en relación a la suerte de la acción penal, por lo que, sin perjuicio de lo determinado en relación al objeto penal, por lo que, sin perjuicio de lo determinado en relación al objeto penal, corresponde al juez decidir si se presentan los criterios de imputación propios de una conducta ilícita que ocasionó un daño indemnizable (ver sentencia de casación n.º 1535-2017/ Ayacucho, de 26 de setiembre de 2018).

De la misma forma, los plazos de prescripción de la acción civil y la acción penal no son iguales, lo que confirma su diversa naturaleza. Es más, los dos tienen regulaciones normativas propias –la primera, fija un plazo único de dos años, según el artículo 2001.4 del CC; mientras que la segunda, supedita la prescripción al tiempo máximo de la pena privativa de la libertad–. En todo caso, la acción civil derivada de un hecho punible no se extingue; en tanto subsista la acción penal (artículo 100 del CP).

3. Reparación civil y ejercicio de la acción civil *ex delicto*

3.1. Presupuestos legales

El artículo 92 del CP estatuye que: “*La reparación civil se determina conjuntamente con la pena*”. A no dudarlo, este precepto es de naturaleza procesal, pues en buena cuenta afirma la acumulación obligatoria de las acciones penal y civil derivadas del delito; y, por lo demás, todas las disposiciones materiales sobre esta materia no son derecho penal, sino de derecho civil patrimonial.

Postula este precepto, con diversas matizaciones que luego de precisaran, en palabras de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, un sistema de la interdependencia entre las dos acciones, lo que no les quita su autonomía e independencia, y pueden concebirse –solo a efectos procesales– de manera conjunta conducta punible y daño.

Empero, no puede desconocerse, como precisa Bustos, que la sanción penal está en función al principio de la responsabilidad por el hecho, en cambio la reparación civil se rige por el principio del daño causado. Su inserción formal en el Código Penal solo puede explicarse por una tradición legislativa, ya iniciada con mayor amplitud incluso por el primer CP, el de 1863 (artículos 18-22 y 87-94), y continuada por el CP de 1924 (artículos 65/80). Cabe resaltar que una lógica más privatista tienen las normas del CP vigente respecto del anterior, al punto que no reprodujo la prohibición de contratar sobre la reparación civil entre responsable civil y damnificado, ni la prohibición de transferir la reparación a tercero antes de la sentencia, que estipulaban los artículos 76 y 75 del CP de 1924.

3.2. Perspectivas procesales

La acumulación heterogénea de acciones desde 1920 se plasmó en las leyes procesales nacionales (por ejemplo, artículos 57, 225.4, 227, 276 y 285 del Código de Procedimientos Penales de 1939, siguiendo la fuente francesa, que a su vez

continuó al Código de Procedimientos en Materia Criminal –CPMC– de 1920) –no adoptó esta línea la primera ley procesal penal nacional (Código de Enjuiciamiento en materia penal de 1863). Además, la incorporación de aspectos materiales de la reparación civil en el Código Penal, tomó como fuente la legislación española.

El artículo 92 CP examinado, sin embargo, fue modificado por el Código Procesal Penal. La acumulación ya no es rígidamente obligatoria y, además, si se persona el actor civil, el Ministerio Público deja de perseguirla. De otro lado, el Código Procesal Penal Código vigente ya no sigue el modelo del Código anterior que adoptaba la concepción de la accesoriedad absoluta de la reparación civil respecto de la decisión sobre el objeto penal, sino instauró la concepción de la autonomía de la acción civil respecto de la acción penal. Hacerlo, en todo caso, como explica ASENCIO, es una decisión del legislador y su sede es, sin duda, el Código Procesal. Es patente que los criterios de imputación de la responsabilidad penal y de la responsabilidad difieren en varios puntos y, por ello, el artículo 12.3 CPP estipula que el sobreseimiento o la absolución no impiden imponer la reparación civil.

3.3. La declaración de nulidad de actos jurídicos post delictivos

El artículo 97 del CP, reiteró el artículo 74 del CP de 1924, que incorporó una norma *sui generis* en el ámbito de la reparación civil: la anulación de los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, “[...] en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros” –frase última que no tenía el artículo 74 del CP anterior–.

Lo que el artículo 15 CPP añadió fue el procedimiento para declarar la nulidad de tales transferencias, que incluyó los bienes materia de la consecuencia accesoria de decomiso. Siguió el modelo del trámite incidental con la realización preceptiva de una audiencia, pero dejó su decisión al juez sentenciador, del juicio.

4. Adiciones – Delitos privados y delitos semipúblicos

4.1. Identificación

Es al legislador a quien corresponde determinar si un concreto delito debe perseguirse de oficio o, alternativamente, a instancia del ofendido, con un determinado nivel de autorización de aquel, bajo una línea de definición de alta intensidad –que es el caso de los llamados “delitos privados”– o de baja intensidad –que es el caso de los “delitos semipúblicos”–.

Los delitos privados y semipúblicos, según explica Volk, son ilícitos penales leves, que no tienen mucho peso y que, si bien afectan el círculo del ofendido, difícilmente perturban a la generalidad. Siendo las normas que lo definen de carácter procesal, propiamente presupuestos de la persecución penal, pues están fuera del complejo del hecho, empero, tradicionalmente el Código Penal es el Cuerpo de Leyes que ha definido cuándo se trata de un delito público, semipúblico o privado.

4.2. Los delitos privados

En esta perspectiva, en el caso de los delitos privados, se tienen los artículos 124, 138, 158 y 241-B CP, referidos a los tipos delictivos de lesiones culposas leves, contra el honor, contra la intimidad y corrupción al interior de entes privados. Cabe resaltar que las disposiciones originarias del Código Penal solo comprendían como tales a los delitos contra el honor y contra la intimidad—. Para estos delitos, en todo caso, rige la *Privatklage*.

El Código Procesal Penal, respecto de los delitos privados, se limita, primero, a exigir que la legitimación activa corresponde al ofendido por el delito, no al perjudicado por él; segundo, a determinar que el instrumento procesal para hacerlo es la querrela; y, tercero, a instaurar un proceso especial “por delito de ejercicio privado de la acción penal”, con exclusión del Ministerio Público, luego, el ofendido es dueño de la incoación del proceso y de la pretensión punitiva y civil (rige el principio de disposición). Es de resaltar que el ofendido, revelan ROXIN-SCHÜNEMANN, a diferencia del Ministerio Público, no tiene el deber de persecución, ni el deber de objetividad.

El Código Procesal Penal no identifica los delitos privados, pues ya lo hizo el Código Penal. En tales ilícitos penales se reconoce el desistimiento, la transacción, el perdón y el abandono (concordancia de los artículos 78.3 CP y 464 CPP). Cabe puntualizar que el Código Procesal Penal no hace mención al perdón del ofendido, pero reitera lo que el Código Penal había sancionado: desistimiento y transacción, a la vez que agrega el abandono, institución típicamente procesal, propia del proceso civil en el prima el principio dispositivo.

4.3. Los delitos semipúblicos

En lo atinente a los delitos semipúblicos, el Código Penal solo los acepta bajo la modalidad de **semipúblicos con interés público**, aunque así lo hizo desde la reforma operada por el Decreto Legislativo 861, de 22-10-1996, pues

originariamente no los había admitido. Es el nuevo artículo 213 del Código Penal, que la contempló para los cuatro delitos de atentados contra el sistema crediticio: insolvencia fraudulenta, quiebra culposa, utilización de información falsa y actos contra la finalidad del patrimonio de propósito exclusivo (artículos 209, 210 y 211 CP, modificados por la Ley 27295, de 29-8-2000, así como artículo 213-A, introducido por el inicialmente citado Decreto Legislativo 861).

En el caso del **delito semipúblico con interés privado** el ofendido es el dueño de la incoación del proceso, pero, como enfatiza GIMENO, no ostenta la pretensión punitiva. La Ley se refiere, sin duda, a los acreedores. Pero, los delitos aludidos son **delitos semipúblicos con un interés público**, representado por el INDECOPI, de suerte que si los acreedores no denuncian puede hacerlo, en vía de sustitución procesal, el INDECOPI, que intervendrá como parte interesada.

Recuérdese que un caso algo similar era, con anterioridad a la entrada en vigor del Código Procesal Penal, el **delito tributario**, en cuyo caso se requería de la denuncia de la SUNAT, órgano nacional administrador del tributo, órgano público que incluso tenía potestades materiales de disposición sobre la persecución penal.

El ofendido por el **delito semipúblico**, una vez autorizado el ejercicio de la acción penal, puede constituirse en actor civil pero no tiene control del proceso. No puede desistirse del mismo y, menos, perdonar al condenado, aunque sí transigir sobre la reparación civil. Es decir, no puede impedir la continuación del proceso.

5. Legitimación activa y pasiva

5.1. Legitimación activa

Se define como uno de los presupuestos que ha de darse en una persona o entidad para que pueda llegar a ser titular de la acción civil [FLORIÁN]. Al tratarse de una acción civil, de derecho privado, rige el principio de rogación o dispositivo, es decir, que la resolución judicial solo puede existir un pronunciamiento civil si la parte legitimada lo ha solicitado (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 27). La parte originariamente legitimada para promover la acción civil *ex delicto* es el perjudicado por el hecho dañoso, porque es él el titular del derecho o interés lesionado. El perjudicado es el que sufre un daño en su esfera patrimonial [GIMENO SENDRA] o quien soporta la pérdida de su posesión [DE LA OLIVA]. Este es quien resulta afectado patrimonialmente por el hecho delictivo: sujeto pasivo del daño civil indemnizable (artículo 11.1 CPP).

El Ministerio Público tiene una legitimación derivada o por sustitución procesal [GIMENO]. El fiscal actúa en nombre propio, pero en interés del perjudicado –la Constitución (artículo 159) y la LOMP (artículo 1)– con el fin de velar por los derechos de los ciudadanos. Es claro que la posibilidad de que el Ministerio Público ejercite la acción civil en interés del perjudicado (artículo 11.1 CPP) no lo exonera del deber de ofrecimiento de acciones (artículo 95.2 CPP), pues de lo contrario se vulneraría su derecho a la tutela jurisdiccional. Si el agraviado ejerce su derecho de acción, cesa la legitimación del Ministerio Público.

También pueden ejercitar la acción civil las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los crímenes internacionales. Estas, si cumplen los requisitos establecidos en el artículo 94.4 CPP, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito.

De igual forma, cuando el perjudicado es el Estado, la 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].

Si el agraviado no se constituyó en actor civil, la legitimación activa la tiene el Ministerio Público, por tanto, le corresponde a él incorporar en su requerimiento acusatorio una sección motivada del objeto civil, con la solicitud probatoria que corresponda. Si el fiscal no lo hizo, corresponde al juez, de oficio, como garante de los presupuestos procesales respectivos, devolverla al fiscal (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 29).

En caso de sobreseimiento, se puede afirmar que: **i)** si el actor civil no se ha constituido en el proceso, al mediar distintos criterios de imputación para definir la responsabilidad civil, corresponde, previamente al fiscal una definición específica sobre este extremo. En este caso corresponde que la requisitoria sea integral: comprenda lo penal y civil. **ii)** si el perjudicado se constituyó en actor civil, más allá de la oposición que pueda plantear contra el requerimiento no acusatorio, tendrá que pedir expresamente un pronunciamiento acerca del objeto civil, con el fin de someterlo a contradicción (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 28). **iii)** Si, a pesar de no haber acusado, el Fiscal pide reparación civil debe ofrecer la prueba pertinente para su actuación, por imperio del principio de contradicción (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 29).

5.2. Legitimación pasiva

Comprende los presupuestos que deben concurrir en una persona para que la acción civil pueda ejercitarse frente a ella [FLORIÁN]. La acción civil puede dirigirse, por lo general, contra los participantes en la conducta delictiva que ocasionó daños y perjuicios, a quienes se les considera responsables civiles [MAPELLI/TERRADILLOS]. Se emplazarán a los imputados: autores y partícipes del hecho punible objeto del proceso penal, cuya responsabilidad es solidaria, en cuya virtud cada responsable viene obligado al cumplimiento íntegro de la obligación (artículo 95 CP). Es la expresión típica de responsabilidad civil directa.

El artículo 12.3 CPP, como consecuencia de la diferencia en los criterios de imputación entre el derecho civil y el derecho penal, autoriza al juez penal la declaración de responsabilidad civil sin responsabilidad penal (artículo 12.3 CPP). Es posible, entonces, responsabilidad civil sin responsabilidad penal. Ahora bien, en la mayoría de los supuestos de exención de responsabilidad penal, previstos en el artículo 20 CP, la responsabilidad civil directa no se excluye –salvo los previstos en el artículo 1971 CC–, por lo que –según los casos– esta se exigirá a los representantes legales (artículos 1975 y 1976 CC) siempre que haya mediado culpa o negligencia de su parte, o en quienes generaron la conducta del excluido (artículo 1974 CC) o en favor de quien se actuó.

La acción civil puede ejercitarse, también, contra otras personas que tienen responsabilidad civil vicaria o alternativa. Esta se exige a quienes no cometieron la conducta punible pero civilmente están obligados a responder. Se trata de las personas naturales o jurídicas a las que se refiere el artículo 1981 CC y el artículo 111.1 CPP. En este último supuesto la responsabilidad solo se atribuye por culpas *in eligendo*, *in vigilando* e *in educando*, que se concretarán siempre que 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 (artículos 1987 CC y 113.3 CPP. Casación Civil n.º 2626-2001/Santa, *El Peruano*, de 01-07-02).

Por último, también se reconoce la acción civil por lucro, radicada en quienes sin ser autores materiales del hecho ni responsables indirectos –o alternativos– de

los delincuentes, han de responder como poseedores o beneficiarios de los hechos delictivos de los delincuentes [BERDUGO/ARROYO/FERRÉ/GARCÍA/ SERRANO/ TERRADILLOS]. Es una obligación fundada en el enriquecimiento injusto [COBO/ VIVES], que el Código Penal consagra en el artículo 104. Así, la persona jurídica se verá privada de los beneficios obtenidos como consecuencia del delito cometido en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes.

6. La petición en la acción civil *ex delicto*

La acción civil ejercitable en el proceso penal es una acción de condena pura, es decir, aquellas que, conforme el Código Penal busca la restitución de la *res* y a la reparación del daño *in natura* o sustituidas por la correspondiente indemnización por daños o perjuicios, circunscrita a los ámbitos previstos en el artículo 93 del CP.

En tal virtud, un tribunal penal no puede conocer, para estimar la responsabilidad civil, la validez o nulidad de los actos o negocios jurídicos, pues debe partir de la ilicitud del hecho en que se fundamenta la pretensión de resarcimiento; pues la responsabilidad civil no nace del delito, sino de esa ilicitud civil de los hechos, de los que, además, debe surgir un daño de la misma naturaleza [ASENCIO MELLADO].

La extensión objetiva de la acción civil en el proceso penal se concreta, entonces, en la restitución, la reparación y la indemnización.

- A. **Restitución.** Consiste en reponer al estado de cosas que existía en el momento de la comisión del delito o a devolver la cosa a su legítimo propietario (que es el caso de los delitos contra el patrimonio). Procede incluso contra el tercero que adquirió la cosa, salvo si procedió con buena fe —no opera cuando se trata de bienes no registrables adquiridos con infracción de la ley penal, excepto que su adquisición se produjo en tiendas o locales abiertos al público—. Asimismo, cabe la nulidad del negocio jurídico, si es necesario para la restitución (artículo 11.2 CPP). Aparte de ser una sentencia de condena, lo será —en esos casos— una sentencia declarativa de nulidad. La restitución se completa con el abono de los deterioros o menoscabos sufridos.
- B. **Reparación.** Consiste en efectuar una prestación personal tendente a paliar o remediar los menoscabos sufridos en una cosa. Comprende obligaciones

de dar, de hacer o de no hacer. Se cumplen por el reo o se ejecutan a su costa. Por ejemplo: difamación, (publicación sentencia), omisión de asistencia familiar: pago de cuantías adeudadas.

- C. **Indemnización.** Consiste en condenar al pago de una determinada cantidad de dinero suficiente para cubrir todos los daños producidos por el delito. Surge cuando no es posible la restitución y siempre que el delito produzca un perjuicio patrimonial. Comprende todo evento lesivo producido por el delito e incluye daños materiales, morales del perjudicado, su familia e incluso de terceros, así como lucro cesante y daño emergente.

Existen otros contenidos de la acción civil *ex delicto*. El Código Penal, por ejemplo, reconoce el pago de alimentos en los delitos de violación de la libertad sexual (artículo 178).

7. La causa de pedir en la acción civil *ex delicto*

El elemento fáctico de la causa de pedir es la conducta realizada por el imputado que causó daños o perjuicios en los agraviados más la relación de causalidad o imputación objetiva entre la acción y los resultados; el hecho punible debe constituir la causa decisiva del daño resarcible. El título o componente jurídico será básicamente el artículo 1969 del Código Civil. Como quiera que, aunque no haya delito, puede haber acción civil, no es posible sustentar el componente jurídico en el CP o CPP [DE LA OLIVA].

8. Competencia funcional

Corresponde al juez de la investigación preparatoria, como es lógico, definir la intervención de las partes legitimadas, la pretensión civil y la admisión de los medios de prueba. La decisión de que se declare fundada o no la resparación civil corresponde al juez penal. Es evidente, por tanto, que si el fiscal introdujo en su acusación una pretensión penal y civil, correspondela competencia, conforme a la entidad del delito acusado, al juez penal, unipersonal o colegiado. Sin embargo, si se está ante un auto de sobreseimiento y una pretensión civil declarada procedente, en el acto oral solo se debatirá el objeto civil. La competencia, en estos casos, estará a cargo del juez penal unipersonal, debido que es la regla que se sigue en el ámbito civil es que un solo juez conoce en primera instancia la pretensión civil (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, fj. 31).

9. Adiciones

La protección de la víctima es, como explicó GIMENO, una política legislativa que se ha pronunciado o expresado con más ahínco en las últimas décadas. Se reconoce a la víctima derechos propios y, en especial, el derecho a la celeridad y proporcionada reparación por el daño causado por el delito, el derecho a la protección, así como el derecho a participar en el proceso, a ser informada de su desarrollo y a un trato digno. El artículo IX.3 del Título Preliminar del CPP es prueba de ello. No es ajeno a esta preocupación político criminal que el Código Procesal Penal, siguiendo el modelo francés [DEL VALLE], permita la acumulación de dos procesos para exigir la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en un único procedimiento –que expresa el fenómeno de la doble valoración [FIANDACA-MUSCO]–, y atribuya la competencia para conocer del conjunto del procedimiento al órgano jurisdiccional penal.

La denominada responsabilidad *ex delicto* constituye una parte de la responsabilidad civil extracontractual y se caracteriza porque el acto ilícito que la genera es constitutivo de un hecho que se afirma que es delictivo (pretensión), siendo éste el elemento que la diferencia del resto de la responsabilidad civil extracontractual. Empero, este elemento específico no implica que aquélla debe desgajarse de ésta –necesariamente la comprende el artículo 1969 del Código Civil–. Luego, sus diferencias son sólo de tratamiento procesal [ALASTUEY].

El daño civil es diferente de la ofensa al bien jurídico tutelado, necesario para que se configure el delito. Ante todo, se trata del daño patrimonial que resulta de la lesión de los intereses civiles que dan lugar al derecho al resarcimiento en sede civil. El daño consiste, con más precisión, **primero**, en la sustracción o en la disminución del patrimonio bajo las formas del daño emergente y del lucro cesante (ganancias perdidas), y, **segundo**, respecto del daño no patrimonial o moral, en el sufrimiento físico o psíquico provocado como consecuencia del hecho objeto del proceso –que incluye, además de la angustia y la aflicción el perjuicio social– [FIANDACA-MUSCO]. En el caso del Estado –afectado en los delitos de corrupción, terrorismo y tráfico de drogas, entre otros– el daño a la persona se expresa a través de su rol de prestación de servicios públicos a la comunidad o de aseguramiento de la seguridad ciudadana y responsable de la salud pública (cfr.: Sentencia Casatoria 1608-2022/Lambayeque, de 24-04-2023).

La autonomía reconocida al objeto civil del proceso penal determina, a su vez, que el actor civil no es un colaborador u órgano auxiliar del Ministerio Público. El actor civil tutela su interés de orden patrimonial y el derecho que exige lo hace valer a través del Derecho civil [DEL VALLE].

La existencia de un proceso civil acumulado al proceso penal, sujeto a sus propias pautas procesales y en función al derecho material que aplica, va a determinar, como quiera que existen distintos criterios de imputación, pronunciamientos específicos y que, en algunos casos, pueden diferir; es decir, negar responsabilidad penal y afirmar responsabilidad civil, por ejemplo. En consecuencia, introducida la pretensión civil, que podrá hacerse al momento en que el agraviado se constituye en actor civil (procedimiento de investigación preparatoria), en el procedimiento intermedio y en el procedimiento de enjuiciamiento, en línea ascendente y complementaria (ex artículos 101, 350.1g, 371.2 y 388.1 del CPP, el juez en la sentencia y tras el juicio oral, público y contradictorio –incluso al pronunciarse sobre la solicitud de sobreseimiento– debe motivar específicamente sobre la reparación civil, su extensión, su monto y la forma de hacerla efectiva. En sede de examen del sobreseimiento será conveniente reservar el pronunciamiento de la reparación civil para la actuación probatoria respectiva si así lo piden las partes y resulta necesario. Será nula la resolución o sentencia –el extremo pertinente– si no se pronuncia adecuadamente sobre el extremo civil, con independencia de la responsabilidad penal.

La pretensión civil está sujeta a los límites propios del Derecho Procesal Civil. Es fundamental, **primero**, el principio de rogación, a partir del cual es menester incorporar las razones jurídicas que justifican la pretensión civil (*causa petendi*) y obviamente el *petitum* concreto, expresado por lo general en un monto de dinero, así como también puede pedirse la restitución del bien apartado por la comisión del delito o su reparación si resulte imposible su restitución y, en su caso, la anulación de determinado acto jurídico en virtud del cual el imputado tiene el bien, ello sin perjuicio de pedir la anulación de actos de disposición del imputado que perjudiquen el pago de la reparación civil –los intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño (artículo 1985 del Código Civil) integra la pretensión procesal–; **segundo**, el principio de congruencia, por el que no puede fijarse un monto superior al pedido ni por ámbito o motivo distinto del solicitado, pues de así se incurriría en incongruencia *ultra petita* o *ex petita*; **tercero**, la acreditación del nexo causal entre el hecho cometido y el resultado dañoso; **cuarto**, mientras no prescribe el delito imputado no prescribe la acción civil dimanante del mismo; –se está ante una causal de interrupción de la prescripción de la acción civil [cfr.: Sentencia casatoria 1882-2013/La Libertad, El Peruano de 30-06-2014]; **quinto**, la fijación de la cuantía indemnizatoria está en función a la determinación, cuando ello sea posible, de las bases en que se fundamenten (único extremo revisable en casación, al igual que el control de la congruencia procesal y del principio

dispositivo); y, sexto, a los efectos de hacer efectiva la reparación civil, previo trámite de traslados, previsto legalmente, el juez puede anular los negocios jurídicos correspondientes.

IV. CUESTIÓN PREVIA

1. Introducción

Una vez promovida la acción por el Ministerio Público con la emisión de la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículo 336 CPP), el imputado puede promover lo que se denomina “defensas procesales”. Éstas, indica ORTELLS, son alegaciones del demandado –o del imputado para el proceso penal– dirigidas a provocar una resolución de inadmisión de la pretensión procesal –de la promoción de la acción penal, para el caso del proceso penal–, por causas vinculadas, de un lado, a la falta de **presupuestos procesales** o a la presencia de **impedimentos procesales**, que están sujetas a un plazo bajo el riesgo de preclusión del derecho procesal de la parte de provocar un pronunciamiento al respecto; y, de otro lado, a la falta de requisitos del acto procesal de imputación fiscal (disposición fiscal) –el defecto, en este caso, sólo afecta a este acto, dado su carácter constitutivo del proceso, su ineficacia impide la de los actos procesales subsiguientes–.

El Código Procesal Penal identifica tres clásicos medios de defensa técnica o, en pureza, defensas procesales. Son: cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones. A través de su ejercicio, como es obvio, no se cuestiona el fondo del asunto, sino la corrección formal de la incoación del proceso penal, instando su anulación o suspensión y corrección, según el caso. Estas defensas procesales apuntan a obtener la concentración del juicio oral, eliminando liminarmente todo tipo de obstáculo procesal.

2. Concepto

Es un requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad, con toda regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal. Procede cuando no concurre o se omite un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley (artículo 4 CPP). La cuestión previa constituye un obstáculo al inicio del proceso penal, a su promoción. Como tal, controla el debido cumplimiento de las condiciones, legalmente previstas, para una correcta iniciación del proceso penal. Si la persecución resulta inadmisibles, 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 (artículo 4.1 CPP). En ese caso, el proceso penal puede reiniciarse cumplido o satisfecho el requisito omitido (artículo 4.2 CPP).

La cuestión previa, si es estimada, tiene efecto extensivo, es decir, comprende a todos los imputados que están en la misma situación jurídica, así alguno de ellos no hubiera deducido este medio de defensa (artículo 8.6 CPP).

Este medio de defensa no está sometido al principio de rogación, pues incluso el juez puede iniciar el trámite para su debida determinación. En cuanto a su oportunidad procesal, puede plantarse incoada la investigación preparatoria formalizada y durante toda esta etapa procesal (artículo 7.1 y 2 CPP). Incluso, puede deducirse en la etapa intermedia, conforme a lo dispuesto por la concordancia de los artículos 8.5 y 350.1b CPP.

3. Requisito o condición de procedibilidad

El CPP identifica el remedio procesal: cuestión previa, con una institución procesal, en puridad, un presupuesto procesal vinculado a la promoción de la acción penal: los requisitos o condiciones de procedibilidad. Podemos definirlos 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 (artículo 1.2 CPP). En estos delitos predomina un interés privado. La capacidad activa y la legitimación activa la tiene el ofendido por el delito; la 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 (artículo 1.3 CPP). Ejemplo: delitos contra el sistema crediticio. **(ii)** En el segundo supuesto son los delitos sometidos a antejuicio constitucional (artículo 450.1 CPP) o a desafuero (artículo 452.1 CPP), en los que la autoridad política debe autorizar el procesamiento penal. **(iii)** Incluye también los supuestos de persecución contra magistrados (artículo 454.4 CPP).
- C.** Pronunciamiento de la autoridad sobre el objeto del proceso. La ley exige que una determinada autoridad emita un pronunciamiento (resolución o informe) concerniente al objeto del proceso. Así, por ejemplo, delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero: Ley 26702; delitos concursales: Ley 271467. No es el caso, respecto de los delitos ambientales, a partir de la Ley 29263, de 2 de octubre de 2008, que modificó la Ley General del Ambiente –reglamentado por el Decreto Supremo 007-2017-MIMAM, de 5 de septiembre de 2017–, en que el Informe

Técnico pasó de ser un requisito de procedibilidad a erigirse en una prueba documental –propiamente un informe conforme al artículo 188 del CPP y, si se adjuntan análisis técnicos, éstos serán considerados prueba pericial [Acuerdo Plenario 02.A-2023/CIJ-112, de 28 de noviembre de 2023..

V. CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. Concepto

Se parte de dos nociones básicas para intentar la adecuada definición de la cuestión prejudicial. **1.** La Ley penal material no siempre pone como elementos constitutivos, excluyentes o modificativos de la responsabilidad penal hechos simples o materiales, sino más a menudo conceptos y a veces relaciones jurídicas del derecho civil, comercial, administrativo, etc.; supuesto último en el que para fijar el hecho típico en la sentencia se requiere, como antecedente lógico jurídico, aplicar una norma no penal en virtud de la cual pueda afirmarse como existente o no existente tal relación. **2.** Lo esencial para su identificación es que esa relación jurídica constituya una materia, distinta de la penal y antecedente de ella, que por sí sola pudiese formar el objeto de una declaración jurisdiccional. La cuestión prejudicial, entonces, surge *per se*, en virtud de su ligazón jurídica material con la cuestión de fondo, y es presupuesto del contenido mismo de la sentencia de fondo, del sí del delito y de la pena o de la entidad o cuantía de esta [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

Así las cosas, pueden definirse las cuestiones prejudiciales como aquellas configuraciones de la ley penal –elementos de hecho integrantes de un requisito del tipo legal– que exigen, para poder dictar sentencia, entrar a dilucidar relaciones jurídicas propias de otro orden jurisdiccional –precisan una valoración jurídico material–, que operan como antecedente lógico jurídico del silogismo en que se ha de fundar la sentencia penal –son previas e independientes del objeto procesal, y deben declararse a fin de poder obtener la plena integración de la conducta– [GIMENO]. Se trata de puntos de conexión, que en sí mismos autorizarían un enjuiciamiento en su orden jurisdiccional, pero que aparecen unidos a materias de otra naturaleza de manera que requieren de un tratamiento conjunto [ASENCIO]. Con una mayor precisión procesal puede definirse, en palabras de ASENCIO, como un hecho jurídicamente relevante, normalmente de naturaleza no penal, que podría constituirse en objeto independiente de un proceso distinto y que integra de forma inescindible la causa petendi de la

pretensión penal; definición de la cuestión prejudicial destaca dos elementos sustanciales: (*i*) integra el hecho histórico, entendido en forma normativa, que conforma la causa petendi de la pretensión penal –pertenecen al fondo del asunto, conforman el mismo tipo penal en el que se fundamenta la pretensión penal (por cierto, el objeto del proceso es la pretensión con todos sus elementos) y, como tal, debe ser probado–; y, (*ii*) en tanto susceptible de constituirse en un objeto autónomo, debe consistir en un hecho jurídicamente relevante susceptible de ser deducido ante los órganos jurisdiccionales competentes, es decir, la cuestión prejudicial ha de ser identificable como objeto propio e identificarse conforme a la naturaleza jurídica que sería natural en el ámbito al que pertenezca el hecho jurídico relevante.

Las cuestiones prejudiciales se sustentan en el principio constitucional de seguridad jurídica y en la inmutabilidad de las sentencias. El fundamento inmediato es la prevención de los efectos perjudiciales de la cosa juzgada, que prevé la vulneración del *ne bis in idem* frente a decisiones que no tomen en cuenta sus exigencias normativas.

2. Requisitos

Son cuatro: elementos de hecho, juicio de relevancia, valoración material y competencia.

- A. **Elementos de hecho.** Toda cuestión prejudicial está constituida por elementos de hecho que exigen una valoración jurídica previa e independiente del objeto principal, y que integran el fundamento del título de imputación (ejemplo: apropiación ilícita requiere determinar relación de depósito) o incluso erigirse en una pretensión autónoma, pero conexa e instrumental (ejemplo: receptación requiere determinar si ciertas cosas son producto de un delito). En cualquier caso, pertenecen al fondo o a la fundamentación de la pretensión penal: cosa juzgada.
- B. **Relevancia.** Deben ser relevantes –imprescindibles o necesarias– para el enjuiciamiento del objeto procesal respecto al cual guardan conexión o dependencia, pueden tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto penal.
- C. **Valoración material.** Los hechos –con significación jurídica– que integran el título de imputación precisan de una valoración con arreglo a normas del derecho material y consiguiente declaración jurisdiccional, previa e independiente de la pretensión principal.

- D. Competencia.** Por regla general la competencia, para valorarla, corresponde al Tribunal del orden jurisdiccional competente: civil, laboral, contencioso-administrativo o penal. Pero se excluyen aquellas cuestiones prejudiciales incidentales que han de ser resueltas por el juez penal y cuyo fallo no produce efecto alguno de cosa juzgada.

3. Clases

Se pueden clasificar desde dos perspectivas: **i)** por su naturaleza, desde el derecho material, son homogéneas y heterogéneas, y **ii)** por sus efectos procesales son devolutivas e incidentales.

3.1. Causas prejudiciales homogéneas y heterogéneas

Las primeras, al igual que el objeto proceso del proceso penal, se rigen por normas del Derecho penal [GIMENO], aun cuando, en pureza, no pueden conceptualizarse como cuestión prejudicial, desde que éstas, como planteaba FAIRÉN, han de ser siempre entre asuntos sometidos a diversos órdenes jurisdiccionales, y que así se puede desprender del artículo 5 del CPP. Este sería el caso de los delitos de receptación y lavado de activos, respecto del denominado “delito precedente o fuente”, de suerte que podrá haber una conexión entre el hecho delictivo precedente y el hecho delictivo subsecuente en función a su complementariedad, pero no podrá entenderse que el primero se erige en una cuestión prejudicial del segundo [ASENCIO].

Las segundas son las que han de decidirse con arreglo a normas distintas de este sector del ordenamiento [GIMENO] y es están contempladas en el artículo 5.1 del CPP. Estas son las más numerosas... al proceso civil—. Hoy en día, sin embargo, esta preferencia no puede aceptarse sin más, dada la multiplicidad de tipos delictivos integrados por normas de distinta naturaleza, de suerte que siempre ha de tenerse presente, desde el respeto a conceptos tales como objeto del proceso y cosa juzgada, y la necesaria relevancia del derecho extrapenal para resolver la cuestión en referencia incorporada al tipo penal [ASENCIO].

3.2. Causas prejudiciales devolutivas e incidentales

Son las más importantes y decisivas, pues, afirmada la existencia de una prejudicialidad, debe decidirse si corresponde dilucidarlas al propio órgano jurisdiccional penal, aunque solo sea a los meros efectos de ese proceso –o si

resultase mejor suspender el proceso penal y esperar a que se pronuncie el órgano jurisdiccional extrapenal: reglas de la devolutividad o de la no devolutividad, respectivamente—.

3.2.1. Cuestiones prejudiciales devolutivas

Las cuestiones devolutivas están reconocidas por el CPP: artículos 5.1 y 10. Son las que, con suspensión del proceso penal —o civil, en su caso—, han de remitirse o plantearse para su decisión definitiva, ante el tribunal competente. Se está ante una cuestión devolutiva cuando, más allá de las cuestiones de estado civil, el tema debatido sea determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado o relación heterogénea de antijuricidad. El artículo 5.1 CPP se limita a prescribir que la suspensión del proceso penal está sujeta a que “fuere necesaria en vía extrapenal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho 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 está la necesidad de la existencia o inexistencia del delito, de la definición del carácter delictuoso del hecho imputado o “relación heterogénea de antijuricidad”, delimitada bajo el principio de la prevalencia de la jurisdicción penal, es del caso reconocer la no devolución cuando:

- (i) La solución de la cuestión prejudicial no sea imprescindible o necesaria para la determinación de la conducta penal, que sería el caso de las circunstancias agravantes o atenuantes, que incluso determinen la variación del tipo legal.
- (ii) Cuando se trate de una mera conexión instrumental de normas, de tal suerte que, de la valoración de la cuestión prejudicial, pueda depender la integración de la conducta penal, por poseer la cuestión una clara naturaleza de incidente de previo pronunciamiento para la integración de la conducta objeto de imputación, y que hacen imposible su separación —tales como la determinación de la ajenidad de la cosa o relación de depósito—, así como el cuestionamiento de la legalidad del acto administrativo, puesto que deben entenderse que no tienen otro valor que el de constituir meros presupuestos procesales (v. gr.: STSE de 05-11-91), o la determinación de la cuota defraudada al fisco como elemento del tipo legal de defraudación tributaria (STSE de 21-12-01).

- (iii) Cuando la ley o la jurisprudencia ha elaborado una doctrina propia y distinta sobre los temas civiles o administrativos –definición de funcionario público, de cosa mueble– [GIMENO].

3.2.2. Cuestiones prejudiciales no devolutivas

Las cuestiones incidentales o no devolutivas son la mayoría. Son aquellas que el tribunal puede conocer sin que haya de deferirse su conocimiento a ningún otro tribunal, pues las cuestiones aparecen tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Lo que decida el tribunal lo será únicamente para el solo efecto de la represión. La resolución de la cuestión prejudicial únicamente producirá efectos en el orden jurisdiccional penal, y exclusivamente en el caso en donde haya sido aplicada [GÓMEZ COLOMER]. La decisión no goza de efecto reflejo o prejudicial alguno en el orden jurisdiccional originariamente competente. Será el caso de las normas sobre derecho de propiedad y otros derechos reales, de validez de inscripción registral: las pruebas son las del orden procesal penal, no rigen las limitaciones de orden extrapenal. Su planteamiento o el surgimiento de un punto prejudicial, no devolutivo, no es nunca ejercicio de derechos, sino el mero hacer valer relaciones jurídicas que se incorporan como elementos ‘fácticos’ del supuesto de hecho de una norma jurídica, de cuya aplicación se trata [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

4. Tratamiento procedimental

- A. Las cuestiones prejudiciales no devolutivas se dilucidan al momento de dictar sentencia, no antes. No requieren trámite previo.
- B. Las cuestiones prejudiciales devolutivas, de ser estimadas, determinan la suspensión del procedimiento hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. La decisión es extensiva: a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica, aun cuando no la hubieran deducido (artículo 5.2 CPP). La incoación de un proceso extrapenal es indispensable. El imputado tiene un plazo de 30 días para incoarlo, y de no hacerlo se reconoce legitimación para demandar al fiscal provincial civil en la medida que se trate de un delito público, quien en todo caso está autorizado para intervenir en la causa (artículo 5.3 CPP). Del resultado del proceso extrapenal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 5.4 CPP); la suspensión, por tanto, es indefinida, y se levanta cuando se haya obtenido la sentencia firme del orden jurisdiccional extrapenal.

La estimación de la cuestión prejudicial tiene un efecto extensivo: comprende a todos los imputados que están en la misma situación jurídica, así alguno de ellos no hubiera deducido este medio de defensa (artículos 5.2 y 8.6 CPP). Solo puede interponerse en la investigación preparatoria, luego de dictada la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria o admitida la querrela del ofendido por el delito privado (artículo 7. 1 CPP).

VI. EXCEPCIONES

1. Concepto

La acción penal es el derecho-deber que tiene el Ministerio Público para promover la acción penal. El vehículo formal a través del cual se promueve la acción penal es la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en delitos públicos y la 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.

Queda claro que, al decir de CHIOVENDA, la excepción es un derecho potestativo a la anulación de la acción, mientras CARNELUTTI se fijaba en el dato que pretende excluir el derecho subjetivo ajeno sin afirmar el propio [GÓMEZ DE LIAÑO]. Éstas cuestionan la prosperabilidad de la acción penal momentánea o definitivamente; se erigen en una objeción contra la procedencia –o, mejor dicho, el cimiento o comienzo– de la acción hecha valer dentro del proceso [ALZAMORA].

Es de insistir que, propiamente, por medio de una excepción procesal el imputado formula una oposición a la promoción de la acción penal al considerar

que se han incumplido determinados presupuestos o impedimentos procesales. A través de la excepción se pone de manifiesto la existencia de algún obstáculo procesal que impide la correcta tramitación del procedimiento y solicita la desestimación *a limine* de la demanda –o, en su caso, de la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria–, sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto [FUENTES SORIANO].

Esta oposición procesal pretende, por el imputado, evitar una sentencia de fondo dejando *imprejuzada* la cuestión. La referencia a presupuestos u obstáculos procesales importa que por ser de naturaleza imperativa e indisponible impiden una sentencia sobre el fondo o la validez de la sentencia que se pronuncia ante su falta [ASENCIO].

Es de diferenciar **motivos de oposición de forma** de **motivos de oposición de fondo**. En un sentido amplio se puede reconocer excepciones procesales y excepciones materiales. En el caso de las excepciones materiales se apunta a una absolución de instancia, mientras que en el caso de las excepciones procesales a una declaración de improcedencia jurídica de la pretensión, respectivamente [GÓMEZ DE LIAÑO]. Ahora bien, las denominadas “excepciones materiales” se presentan cuando el imputado, sin negar los hechos constitutivos de la imputación, introduce hechos adicionales en su defensa, en cuya virtud pide su absolución en el fondo, vale decir, una sentencia que produzca los plenos efectos materiales de la cosa juzgada. Son tres tipos de hechos los permitidos mediante esta finalidad defensiva: impeditivos, extintivos y excluyentes, en el bien entendido de que por sí mismos estos hechos no constituyen una pretensión nueva e independiente, pues están dirigidos a obtener una absolución. Se trata de hechos **(i)** que impiden el efecto jurídico pretendido por el fiscal, **(ii)** que destruyen ese efecto jurídico, o **(iii)** que importan un contraderecho –como decía Chiovenda– que solo a él corresponde articular y que excluye las consecuencias jurídicas de los hechos alegados por el Ministerio Público [ASENCIO].

2. Clasificación

2.1. Aspectos generales

Desde la perspectiva de los presupuestos procesales, la ley procesal solo reconoce cinco excepciones (artículo 6.1 CPP). De ellas, la de naturaleza de juicio es de carácter procedimental y está referida a la adecuación del procedimiento; la de cosa juzgada está vinculada al objeto procesal; y, las de amnistía y de prescripción, están ligadas a la causa [MONTERO].

La excepción de improcedencia de acción, la más utilizada en la praxis tribunalicia, es propiamente una excepción procesal vinculada a la causa –dice de la perseguibilidad penal del hecho concreto–. En su mérito, no se alega hechos nuevos, ni se modifican los hechos materia de inculpación o acusación, solo se cuestiona su carácter de injusto típico o punible; se denuncia, entonces, que el hecho objeto del proceso no es penalmente relevante.

Las excepciones de amnistía y de prescripción –ligadas a la causa–, por su parte, podrían considerarse excepciones materiales propias en cuanto se alega un hecho excluyente: expedición de una ley que elimina el hecho punible a que se refiere o vencimiento de los plazos legalmente previstos, es decir, transcurso de un tiempo legalmente preestablecido. En ambos casos se trata de hechos jurídicos acaecidos con posterioridad a los hechos constitutivos de la acción o de la pretensión incorporados en la disposición de formalización de la investigación preparatoria o en la acusación escrita –entrada en vigor de una ley impropia, que es la amnistía, o transcurso del tiempo desde la comisión del delito atribuido–.

En todos estos casos, al margen de la excepción de naturaleza de juicio, que igualmente es una excepción procesal, trae como efecto jurídico la adecuación del procedimiento o trámite procesal al que le corresponde, la estimación de las excepciones conduce al archivo o sobreseimiento del proceso por ser insubsanables; no existe motivo alguno para ocuparse del reproche. Además, todas ellas –las cinco excepciones reconocidas por el CPP–, en atención a la importancia que el ordenamiento jurídico penal les confiere, que se consideran cuestiones de orden público, se aprecian de oficio [DÍEZ-PICAZO]; en sede de casación, los presupuestos procesales también se verifican, incluso cuando ellos no han sido objeto del reclamo por el casacionista [ROXIN-SCHÜNEMANN], lo que constituye, por no tratarse de una sede dedicada a los hechos, una excepción a la regla [VOLK]. Por otra parte, las citadas excepciones se resuelven en el marco de un procedimiento incidental, salvo cuando se deducen en el procedimiento intermedio.

2.2. Excepción de naturaleza de juicio

La excepción de naturaleza de juicio se deduce cuando se da al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la ley. Es un remedio procesal que no analiza el fondo del asunto, sino el procedimiento a seguir [SAN MARTÍN]. No pone en tela de juicio la naturaleza de la imputación penal, su calificación jurídico-penal o la existencia de requisitos de perseguibilidad. Su existencia supone que la ley prevé más de un procedimiento penal –existe el procedimiento común y los procedimientos especiales–. Si es amparada, el efecto es regularizar el procedimiento, “se adecuará al trámite reconocido en el auto que la resuelva”.

2.3. Excepción de naturaleza de amnistía

La amnistía es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.1 CP), y procesalmente un impedimento a la persecución. Importa la eliminación legal del hecho punible e implica el perpetuo silencio respecto de él (artículo 89º CP). Se traduce a través de una ley de naturaleza anómala [SOLER], y extingue los efectos de derecho penal [MIR PUIG]. En esencia es la “ley del olvido”, que tiene por resultado que se olviden ciertas infracciones penales, se den por terminados los procesos y, en caso de existir resolución, queden sin efecto las sentencias condenatorias. Se suprime, por tanto, las infracciones, la persecución del delito, la disposición de formalización de investigación preparatoria y, de ser el caso, determinación de sentencias y condenas [LÓPEZ BETANCOURT].

2.4. Excepción de cosa juzgada

La cosa juzgada es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.2 CP) y procesalmente un impedimento a la persecución. Según el artículo 6.1c) CPP para que se produzca cosa juzgada (*res iudicata*) se requieren, de un lado, dos identidades: (i) Unidad de imputado (que sea la misma persona en calidad de imputado: sujeto pasivo de la sanción y sujeto pasivo del nuevo procedimiento) –límite subjetivo o identidad subjetiva pasiva–; y (ii) Unidad de hecho punible: el hecho anterior, ya decidido, debe ser el mismo del nuevo proceso penal, con independencia de la calificación jurídica que merezca en ambas causas –No se exige identidad subjetiva activa ni de la causa de pedir–. El objeto normativo ha de ser el mismo: bien jurídico lesionado similar o conexo –unidad de fundamento–. Por otro lado, la resolución que recayó en el primer proceso ha de ser firme, debe ser nacional o extranjera, y referirse al fondo del asunto –sentencias y autos equivalentes, sobreseimientos–.

2.5. Excepción de prescripción

La prescripción, en el Código Penal, aun cuando hunde sus raíces en consideraciones político-criminales, es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.1 del CP) y también de la pena (artículo 85 del CP). En pureza, la prescripción dice del delito y tiene una naturaleza material – los fines de la pena referidos a la compensación de la culpabilidad y la prevención general y especial no se pueden cumplir (fundamento material de la prescripción: falta de necesidad de pena)–, por lo que se renuncia no solo a la pena, sino a la propia persecución penal [parcialmente, VOLK] –la prescripción no solo incide sobre

la persecución procesal, sino que, en última instancia, se concreta su auténtica operatividad en la renuncia al poder punitivo del Estado en cualquier caso [COBO DEL ROSAL]—. En consecuencia, pese a los motivos jurídico materiales expuestos, la prescripción opera como un impedimento procesal; impide el derecho de persecución del delito [GÓMEZ COLOMER].

En efecto, la extinción aludida constituye una institución del Derecho penal material limitante de la facultad punitiva del Estado en virtud de los efectos que el transcurso del tiempo provoca sobre los intereses persecutorios del Estado (obviamente derivados de la tipificación penal). El tiempo diluye el contenido lesivo del comportamiento [CARO – REYNA]. Se aplica entonces el brocardo *tempus delicti commissi* y rigen los criterios de favorabilidad propios del Derecho penal material en cuanto a la aplicación de la ley penal en el tiempo. Todas las extinciones del delito y de la pena, reconocidas por el Código Penal, a final de cuentas, expresan una renuncia a la pena cuando, a juicio del legislador, su no aplicación produce más ventajas que inconvenientes; y, en el caso de la prescripción, consiste en la exclusión impuesta o a imponer por el transcurso del tiempo [COBO DEL ROSAL].

La extinción del delito por prescripción supone el transcurso de un plazo determinado tras la comisión del delito, sin que éste sea juzgado. La prescripción de la pena importa el transcurso del tiempo tras la imposición de la pena, o tras una interrupción de su cumplimiento, sin que se cumpla [MIR].

2.6. Excepción de improcedencia de acción

La excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances según el artículo 6.1b CPP: **(i)** el hecho denunciado no constituye delito, y **(ii)** el hecho denunciado no es justiciable penalmente. Lo que se discute es la subsunción normativa. En consecuencia, el punto **(i)** comprende la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad; el punto **(ii)** se ubica en la punibilidad, y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria, que son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, en el primer supuesto, o que excluyen o, en su caso, suprimen la necesidad de pena [JESCHECK/ WEINGEND]. No se cuestiona la categoría culpabilidad o imputación personal: capacidad penal, conocimiento del injusto y no exigibilidad de otra conducta. La excepción se centra en el hecho desvalorado, en el hecho prohibido desde la ley penal, no en su atribuibilidad a su autor. El CPP reconoce que la pena del imputado, en atención

a la voluntad de la acción puesta en marcha y su coincidencia con el ordenamiento jurídico, es lo propio de esta excepción, no así si la actitud interna manifestada con el hecho debe ser considerada expresión de una postura del autor ante el derecho merecedora de reproche [JESCHECK/WEINGEND]. Véase Ejecutoria Suprema RN n.º 17-2010/Piura, de 03-03-11. El análisis se realiza desde los hechos objeto de imputación, sin alterarlos, reducirlos o negarlos.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente: **1.** Que para deducir esta excepción se debe partir de los hechos descritos en la imputación fiscal: Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o, en su caso, de la acusación fiscal, pues solo cabe realizar un juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, ambas ajenas a la culpabilidad (Sentencia Casatoria 407-2015/Tacna, de 7-7-2016) –se analiza los elementos del tipo delictivo desde la imputación objetiva y subjetiva, los elementos del tipo permisivo (causa de justificación) a partir de lo expuesto por la Fiscalía, y la presencia o no de condiciones objetivas de punibilidad o excusas absolutorias–. **2.** Que como se trata de un juicio de puro derecho, no se puede sostener, para denegarla, que su examen requiera la culminación de la investigación preparatoria (SC 1307-2019/Nacional, de 12-2-2020). **3.** Que no se puede confundir el tratamiento procesal de la excepción de improcedencia de acción con el de la imputación clara y precisa del hecho (artículo 349, numeral 1, literal b), CPP) –mal llamada “imputación necesaria”, pues este adjetivo responde a la necesidad de imputación para el procesamiento y, luego, para el juicio, no a las notas características de la imputación–; además, no se puede exigir para examinar esta excepción precisión o detalle específico acerca de los supuestos hechos de abuso del cargo –en un proceso por delito de enriquecimiento ilícito–, lo cual en todo caso se examina en la etapa intermedia y su efecto procesal es de mera subsanación procesal conforme al artículo 352.2 CPP (SSC 392-2018/Arequipa, de 12-9-2017; y, 277-2018/Ventanilla, de 21-3-2019). **4.** Que emitida la sentencia de primera instancia no cabe que de oficio la Sala Penal declare la fundabilidad de una excepción de improcedencia de acción, pues el momento procesal para hacerlo ya precluyó; solo le correspondía absolver por atipicidad o por insuficiencia de pruebas, o, en todo caso, anular la sentencia si el control de la acusación no había cumplido con responder a las pretensiones de las partes–. **5.** Que los autos que desestiman una excepción de improcedencia de acción son apelables, al ampro del artículo 416, apartado 1, literal b), del CPP, pues rige el principio *pro recurso*, derivado de la garantía de tutela jurisdiccional (SC 893-2016/Lambayeque, de 20-4-2018).

3. Tratamiento procedimental

En tanto se cuestiona la existencia de un presupuesto procesal puede ser deducida de oficio o por el Ministerio Público, pues son objeto de control de oficio (artículo 7.3 CPP). Solo son deducibles en las etapas de investigación preparatoria e intermedia (artículo 7.1 y 2 CPP). Tiene efecto extensivo para los demás imputados, siempre que se encuentren en igual situación jurídica (artículo 8.6 CPP).

4. Presupuesto y trámite de las cuestiones referentes a la persecución penal

El artículo 8 CPP regula el trámite de la audiencia que el juez de la investigación preparatoria debe realizar para la dilucidación de las cuestiones previa y prejudicial, y las excepciones. Este comprende cuatro momentos:

- A. **Actos preparatorios.** Comprende tres pasos: **(i)** Requisitos de la solicitud: presentación escrita de la solicitud respectiva, acompañando los elementos de convicción que correspondan; **(ii)** Oportunidad: se presenta luego de emitida la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta que venza el traslado del requerimiento fiscal acusatorio o de sobreseimiento (artículos 3 y 342.1 CPP) [en los casos de cuestiones previas y excepciones también pueden deducirse en la etapa intermedia: hasta 10 días luego de notificada la acusación fiscal escrita artículo 350.1b CPP]; **(iii)** El juez de la investigación preparatoria realizará tres actos ordenatorios: dispondrá que el Ministerio Público, cumplidos los dos primeros requisitos, le informe acerca de las partes personadas en la investigación preparatoria a su cargo; y, con esa información, primero, notificará a las partes la interposición del medio de defensa; y, dentro del tercer día, dictará, si correspondiere el auto admisorio, que importa señalar fecha para la audiencia.
- B. **Instalación de la audiencia.** Obligatoriedad de la presencia del fiscal, quien además de asistir debe exhibir el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez de la investigación preparatoria en ese acto. Las demás partes no están obligadas a concurrir. Su inasistencia no genera sanción procesal alguna.
- C. **Desarrollo de la audiencia.** Se escuchan los alegatos orales de las partes. Primero, del defensor de la parte que propuso el medio de defensa,

luego sigue el fiscal, el defensor del actor civil y de la persona jurídica, y finalmente el defensor del tercero civil. Si asiste el imputado, cierra el acto con su intervención oral. Los participantes solo pueden mencionar los actos de investigación que consten en autos o que hayan sido acompañados al efecto.

- D. Deliberación y decisión.** Se resuelve inmediatamente o en el plazo de dos días de celebrada la vista. Excepcionalmente, el expediente fiscal puede retenerse hasta 24 horas, retención que se adoptará mediante auto fundamentado.

LECCIÓN DÉCIMA

OBJETO PROCESAL

I. CONCEPTO

La determinación del objeto procesal –el hecho punible imputado a una persona– es esencial: **(i)** delimita los poderes del órgano jurisdiccional en orden a la conformación de la sentencia, pues definido el objeto no puede alterarse: congruencia y limitación del ámbito cognoscitivo y decisorio del Tribunal; **(ii)** las partes, deducidas la acusación y la defensa, no pueden alterarlas introduciendo variaciones esenciales –la mutación o ampliación de la pretensión–; **(iii)** identifica los efectos derivados de la cosa juzgada en relación con el *ne bis in idem*, que incluye la litispendencia.

Resaltan, así, las notas de:

- A.** Inmutabilidad. No cabe cambiarlo ni eliminarlo. Vale decir, que una vez identificado no puede ser sustituido por otro, se trate de una sustitución objetiva (de un hecho por otro hecho) o subjetiva (de un imputado por otro). La inmutabilidad debe subsistir hasta la conclusión del proceso, pues debe constituir el mismo tema de investigación y de decisión [ORDIGO].
- B.** Indisponibilidad. Tanto desde el **(i)** punto de vista fáctico, pues el hecho comprende todos los actos preparatorios, accesorios, particulares y posteriores, como del **(ii)** jurídico, pues el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista posibles.
- C.** Indivisibilidad. Debe agotarse hasta su total esclarecimiento, y la sentencia ha de resolver sobre la totalidad e integridad del mismo, siempre que la pretensión quede sin modificar. El objeto procesal no puede dividirse en parcelas –las fases procesales discurren en un mismo objeto–. Lo que trae como consecuencia el que se dividiera el objeto procesal, sería que procedería la excepción de cosa juzgada, entendida como excepción de *ne bis in idem* procesal (si 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 sólo de provocar la incoación del proceso penal en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento [GIMENO].

2. Elementos esenciales

Están constituidos por requisitos subjetivos, objetivos y formales.

- A.** **Requisitos subjetivos:** Son tres: **1.** Atinentes al órgano jurisdiccional –en quien ha de concurrir la jurisdicción y la competencia–. **2.** Las partes acusadoras –quienes han de ostentar capacidad procesal y legitimación activa–. **3.** El acusado, quien es el elemento esencial del objeto procesal y se le determina en la investigación preparatoria en la Disposición Formal de Incoación de la Investigación Preparatoria (hay tantas pretensiones

cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación, aun cuando la misma se funde en la comisión de un solo hecho punible).

Solo vincula e identifica la pretensión, sin embargo, la persona del imputado.

Es preciso observar la identidad de la persona del acusado en el sentido de que no se puede poner en el banquillo a un testigo, y no se puede realizar ningún cambio en la persona del imputado [ROXIN].

- B. Requisitos objetivos:** Son tres: **1.** Fundamentación fáctica. **2.** Fundamentación jurídica. **3.** Petición. Están recogidos básicamente en el artículo 397.2-3 del CCP.

El primero, fundamentación fáctica, es el elemento objetivo esencial, que se traduce en el “hecho punible”. Es un hecho singular, plenamente identificado y distinto de los demás, imputado a una persona. El fiscal, en virtud de la nota característica de indisponibilidad, debe comprenderlo en su totalidad, sin que sea posible mutarlo, reducirlo por cualquier tipo de razón [ASENCIO]. Este hecho tiene que ser entendido como la descripción de acontecimiento histórico sometido al tribunal a través de la acusación. Forman parte del hecho todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real de delitos, cuando ellos son comparables en su contenido de injusto, y se hallan en una relación temporal y espacial estrecha uno con otro [ROXIN].

Este es un hecho (i) histórico o natural –es anterior y externo al proceso, es un antecedente histórico que, bajo la nota característica de indivisibilidad, exige su enjuiciamiento con toda su plenitud fáctica: el órgano jurisdiccional está obligado a agotarlo integralmente, hasta su total esclarecimiento–, y (ii) subsumible en tipos legales de carácter homogéneo –al proceso solo interesan los hechos típicos, sin que su calificación jurídica sea esencial pues rige la máxima *iura novit curiae*, aunque limitada por la identidad u homogeneidad del bien jurídico y por la exigencia de la protección del derecho de defensa–.

En buena cuenta, el hecho que integra la pretensión penal tiene que ser relevante desde el punto de vista jurídico penal. Empero, el hecho procesal no coincide con el hecho penal, no contiene sus mismos elementos –de ser así, simplemente, no podría efectuarse modificaciones en la calificación jurídica y en los tipos legales–. Por ello es de acudir a una solución dinámica

que tome en cuenta la Ley penal y la no coincidencia entre tipo legal y pretensión penal, para lo cual ha de acudir a la actividad típica realizada y el resultado ocurrido o el bien jurídico tutelado por el tipo legal, respetando la esencialidad del hecho. En consecuencia, el hecho procesal será el mismo –no se variará la pretensión penal– cuando, modificados cualquiera de estos elementos (conducta realizada y resultado ocurrido), exista al menos una identidad parcial entre ellos: hechos acusados y hechos objeto de condena [ASENCIO]; esto es, una coincidencia de los actos típicos de ejecución o cuando los bienes jurídicos ofendidos o lesionados son los mismos –en este último caso se comprende los supuestos en los que se varíe el título de autoría y de participación [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

El segundo, fundamentación jurídica, es el “título de condena”, según lo exige el artículo 349.1.f CPP, relativizado por una tipicidad alternativa: artículo 349.3 CPP. Empero, no es un elemento determinante de la pretensión u objeto procesal, pues solo se requiere la homogeneidad del bien jurídico vulnerado –entre título acusatorio y título condenatorio– y el respeto a la esencialidad de la conducta atribuida al imputado.

El tercero, petición, es la pena o medida de seguridad y *quantum* de la reparación civil solicitada por el Ministerio Público. En observancia del principio acusatorio se desprende que el objeto del proceso queda determinado por la pena principal sustanciada en un hecho histórico, homogéneamente típico, y por la identidad del acusado. Sin embargo, su entidad no vincula del todo al Tribunal, salvo en su extremo máximo o cuando se requiera una consecuencia jurídico penal que viole el mínimo legalmente previsto (artículo 397.3 CPP).

- C. **Requisitos formales:** El ejercicio de la acción penal y la interposición de la pretensión aparecen distanciados procedimentalmente –esta última sigue un curso escalonado, que empieza con la Disposición Formal de Incoación, sigue con la acusación escrita y culmina con la acusación oral (artículos 336, 349 y 387.1 CPP)– [GIMENO]. Con la acusación oral queda definitivamente fijada la pretensión, así el artículo 387.2 y 3 CPP.

3. Funciones

El objeto procesal tiene tres funciones: (i) define el objeto de litispendencia; (ii) demarca los límites de la investigación fiscal y de la obtención de la sentencia, y (iii) define la extensión de la cosa juzgada [ROXIN].

III. OBJETO CIVIL

1. Concepto

El objeto civil se rige por los artículos 11-14 CPP, cuya principal característica es la acumulación de la pretensión civil a la penal. La acción civil puede ser objeto del proceso penal, vinculada al objeto esencial y principal (el hecho punible) por una conexión de carácter heterogénea [DE LA OLIVA].

Se fundamenta en la economía procesal –se resuelven dos objetos interrelacionados en un solo procedimiento–, pues tiende a aprovechar la prueba del hecho con resultado dañosos y la presencia en el proceso penal de los sujetos jurídicos implicados. Lo que se busca es evitar el denominado “peregrinaje de jurisdicciones”. Es este factor el único que puede explicar por completo el conjunto de pronunciamientos de “responsabilidad civil” que se contienen en las sentencias penales y constituye el único denominador común de estos [SILVA SÁNCHEZ].

Del hecho reputado delictivo, en tanto en cuanto produce un daño o implica un menoscabo patrimonial a la víctima, nace una pretensión civil de resarcimiento acumulable al proceso penal, pero que también puede separarse de él y reservarse para plantearla en el correspondiente proceso civil.

La acción civil que puede ser objeto del proceso penal –derivadas de comportamientos penalmente antijurídicos– es, por lo general, la acción civil a que se refiere el artículo 1969 del Código Civil, cuya única diferencia respecto de las acciones civiles derivadas de comportamientos ilícitos no delictivos es su tratamiento procesal.

2. Pretensión civil

2.1. Definición y alcance

Es la declaración de voluntad, planteada ante el órgano jurisdiccional penal en un procedimiento penal en curso, pero dirigida contra el acusado o el responsable civil, y sustanciada en la comisión por él de un acto antijurídico, que haya podido producir determinados daños o porque el hecho implica un menoscabo patrimonial al perjudicado o al actor civil, por el que solicita la condena de aquel a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios.

La pretensión civil acumulada a la penal tiene un contenido patrimonial. Está centrada en el daño derivado de la comisión de un hecho punible en

cuanto acción ilícita. Es una pretensión limitada, pues conforme al artículo 93 CP se circunscribe a la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de ese hecho [GÓMEZ COLOMER]. Una extensión excepcional se encuentra en los delitos de violación de la libertad sexual, en cuya virtud el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas relativas del Código Civil (artículo 178 CP).

Mediante la restitución, el Ministerio Público o el actor civil quiere que le sea devuelta la cosa robada, hurtada o apropiada por el autor o partícipe del delito o falta, aunque se halle en poder de tercero (artículo 94 CP), porque desea dejar las cosas como estaban antes de la comisión del hecho punible de desapoderamiento –su regulación específica y excepciones se encuentran en el Código Civil, que contempla supuestos de irreivindicabilidad cuando media buena fe–. Esta pretensión puede ir unida a la de condena a pagar deterioros o menoscabos que se han producido a la cosa.

Mediante la pretensión de reparación –la reparación del daño y la indemnización de perjuicios tienen el mismo objeto– se pide al órgano jurisdiccional, ante la imposibilidad de restituir las cosas objeto del delito o falta, que el autor o partícipe del delito repare e indemnice el daño patrimonial o moral producido por el hecho punible –responda del coste del daño producido en la cosa con ocasión de la ejecución del delito, tanto el daño emergente como el lucro cesante–; la indemnización afecta tanto a lo patrimonial como a lo moral, y comprende no solo los que se hubieran causado al ofendido por el delito o falta, sino también a sus familiares o a terceros [GÓMEZ COLOMER]. La pretensión de reparación comprende, además, todas las acciones civiles encaminadas a lograr un resultado perfecta o imperfectamente equivalente a la situación anterior al delito [DE LA OLIVA].

2.2. Pretensión civil anulatoria excepcional

Una pretensión civil excepcional que pretende evitar la desaparición de bienes propios del imputado en caso impida el pago de la reparación civil es la reconocida por el artículo 97 del Código Penal. Señala esta norma que “Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros”. Su régimen procesal está previsto en el artículo 15 CPP, y requiere

de la expresa interposición de una pretensión anulatoria, de la formación de un cuaderno aparte, del traslado al 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 artículo 92 del Código Penal dispone que la reparación civil se establezca conjuntamente con la pena. Su ejercicio, según el artículo 11 CPP, corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado –la legitimación del fiscal cesa si el perjudicado se constituye en actor civil–. Ello significa que nuestro ordenamiento no se limita a conferir al perjudicado –y ante su silencio, al Ministerio Público– el derecho de ejercitar la acción civil en el seno del proceso penal en que se enjuicien los hechos en cuestión, sino que además quiere que, de ordinario, se resuelva en el proceso penal sobre la posible responsabilidad civil engendrada por el comportamiento humano que en dicho proceso se considera primordialmente desde el punto de vista del derecho penal [DE LA OLIVA].

La pretensión civil es, siempre, contingente, pues cabe su desistimiento (artículo 13 CPP); y, además, eventual, pues, como regla general, el juez penal solo se pronunciará sobre la responsabilidad civil en casos de sentencia condenatoria –se incluyen los supuestos de reserva de fallo condenatorio (artículo 64.4 CP) y de concurso real retrospectivo cuando uno de los delitos se castiga con cadena perpetua [GARCÍA CAVERO]–. Constituyen excepciones a la eventualidad, salvo los supuestos de desistimiento y transacción (artículos 13 y 14 CPP), la sentencia penal absolutoria o el sobreseimiento “cuando proceda” –en tanto en cuanto se deja intacto el ilícito civil–, en cuya virtud cabe un pronunciamiento del juez penal sobre la reparación civil, siempre que la decisión sobre la cuestión penal se sustente en supuestos de error de tipo o de prohibición, falta de capacidad penal, estado de necesidad y miedo insuperable, y en la medida en que no resulte aplicable el artículo 1971 del Código Civil.

3. Identificación. Elementos esenciales

Se tienen los requisitos subjetivos, objetivos y formales.

A. Requisitos subjetivos. Son dos: los atinentes al órgano jurisdiccional y los de las partes.

- (i) El Órgano jurisdiccional. Ha de ostentar jurisdicción y competencia. La pretensión civil es resuelta por el juez penal, y la competencia es la propia del CPP: la pretensión civil se acumula siempre al proceso penal incoado para conocer del delito en cuestión.
- (ii) Las partes. Sin perjuicio del Ministerio Público –que actúa en nombre propio pero por un derecho y por un interés ajeno, del perjudicado; ostenta una singular sustitución procesal, en tanto esgrime un derecho ajeno y sin que su titular le haya conferido representación alguna–, la parte que deduce la pretensión civil y, por tanto, tiene legitimación activa, es el actor civil –el perjudicado por la acción ilícita generadora de un daño–; y la que se opone es el responsable civil: imputado, asegurador, persona jurídica y terceros civilmente obligados –son los legitimados pasivamente–. En ellos ha de concurrir los presupuestos procesales específicos del proceso civil: capacidad para ser parte, de actuación y de conducción procesal, legitimación activa y pasiva, y la postulación procesal. Es necesaria la identidad de ambas partes: actora y demandada (la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte).

B. Requisitos objetivos. Son dos: la fundamentación o *causa petendi* y la petición o *petitum*.

- (i) La fundamentación. Es lo decisivo. No es la existencia de responsabilidad penal o incluso de un delito. El elemento fáctico consiste en actos u omisiones ilícitos dañosos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Lo decisivo es, pues, la existencia de un acto ilícito cuya existencia requiere ser probada. El componente jurídico es el artículo 1969 del Código Civil.
- (ii) La petición –objeto de la pretensión–. Como primera característica, es que está informada por el principio dispositivo, por lo que el perjudicado es dueño de su interposición y renuncia, vinculando mediante la petición la actividad decisoria del órgano jurisdiccional. La segunda característica, es que es una pretensión de condena y, dentro de ella, de dar, teniendo su centro objetivo en la realización del hecho y en la producción del daño o en el menoscabo patrimonial. Comprende la restitución, la reparación y la indemnización. En ciertas ocasiones, la acción de restitución comprenderá la de nulidad de ciertos contratos o negocios que se hayan podido realizar con las

cosas o derechos sacados del patrimonio de la víctima por acción directa del hecho delictivo (artículo 11.2 CPP).

- C.** Requisitos formales. La pretensión civil se deduce con toda su plenitud por el fiscal en su acusación escrita –artículo 349.1g CPP– y, en su caso, por el actor civil en su respuesta a aquella según el artículo 350.1g CPP.

PARTE QUINTA

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

LECCIÓN UNDÉCIMA

TEORÍA GENERAL

I. EL PROCESO PENAL

El proceso penal persigue intereses públicos dimanantes de la imposición de sanciones penales. Está sujeto a una exclusiva titularidad estatal: solo el juez puede imponer sanciones (artículo V TP CP), pero a su vez el Ministerio Público es titular de la potestad de persecución (artículo 159.1, 4 y 5 Constitución). Así, el principio acusatorio se impone porque coexisten dos derechos de relevancia constitucional en el proceso penal: el derecho de penar a cargo del juez y el derecho de perseguir a cargo del fiscal.

Como se sabe, desde una perspectiva general, existen tantas clases de procesos cuantos órdenes jurisdiccionales [CORTÉS DOMÍNGUEZ], todos los cuales están informados por el sistema de legalidad de las formas procesales—las actuaciones del juez y de las partes han de ajustarse al modo y con el orden establecido por la ley—. La diversidad de procedimientos depende, entre otras cosas, de la naturaleza del Derecho objetivo que actúa la potestad jurisdiccional, de la función que esta deba cumplir, de especiales exigencias de rapidez procedimental o de adecuación al objeto, de la oralidad o escritura—que no solo repercuten en la forma de los actos, sino también en la estructura del procedimiento— [CÁMARA RUIZ]. Así, se cuenta con procesos civiles, penales, laborales, de familia, contencioso-administrativos y constitucionales.

Atento a su relación con el objeto del proceso, la función del proceso es el de la satisfacción de las pretensiones. El proceso penal existe para la tutela del derecho de penar estatal. Dentro del proceso penal se tienen procesos declarativos, de ejecución y de protección provisional o de coerción. En cada uno de ellos es posible distinguir procesos comunes u ordinarios y procesos especiales. Los primeros pensados para la tutela de la generalidad de supuestos típicos (Libro Tercero: proceso común, artículos 321-403 CPP), y los especiales previstos para la tutela de especiales circunstancias o de modalidades delictivas (Libro Quinto: artículos 446-487 CPP).

II. CLASES DE PROCESO PENAL

El proceso penal declarativo o fase declarativa (Libros Tercero y Cuarto CPP: proceso común e impugnación) tiene por objeto una sentencia de condena al cumplimiento de una sanción penal fundada en la comisión de un hecho punible. Este proceso no finaliza en una instancia con la emisión de la sentencia (artículo 396 CPP), pues a fin de evitar errores judiciales existe el recurso de apelación (artículo 401 CPP) y, extraordinariamente, el recurso de casación (artículo 427 CPP), cuyo fundamento son las garantías del debido proceso y de tutela jurisdiccional.

El proceso penal de ejecución tiene por finalidad imponer, haciendo uso de la potestad coactiva del Estado, el cumplimiento de las resoluciones dictadas (Libro Sexto, Sección Primera: artículos 488-496 CPP). Su iniciativa es de oficio, y se promueve únicamente sobre un título exclusivamente judicial, la sentencia firme de condena. La ejecución penal no es eventual, sino necesaria. Está en función a las penas, medidas de seguridad y reparación civil.

Por último, en cuanto el proceso de protección provisional o de coerción, el ordenamiento permite adoptar a los jueces una serie de medidas provisionales o de coerción, de diverso contenido y finalidad, dirigidas a hacer posible el enjuiciamiento y la efectividad o la ejecución forzada de una eventual sentencia condenatoria, en tanto exista *fumus delicti 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: artículos 253-320 CPP).

III. EL PROCESO PENAL COMÚN DECLARATIVO DE CONDENA

El proceso penal declarativo, a su vez, consta de cuatro fases, etapas o, en palabras de ALCALÁ ZAMORA –mucho más gráficas–, procedimientos: investigación preparatoria, intermedio, enjuiciamiento e impugnativo.

- A.** La etapa de investigación preparatoria es el conjunto de actuaciones encaminadas a reunir el material fáctico necesario que, en su momento, merecerá ser juzgado en el juicio. Se dirige a establecer hasta qué punto la noticia criminal puede dar lugar al juicio, determinándose si existen bases suficientes para calificar la antijuricidad penal del hecho y si pueden ser imputados o acusados a una persona individualizada. También sirve para el aseguramiento de personas y cosas y de las responsabilidades pecuniarias.
- B.** La etapa intermedia es de naturaleza eminentemente crítica. Es el conjunto de actuaciones destinadas a realizar el análisis del material recopilado en la investigación preparatoria a fin de determinar el archivo o sobreseimiento de la causa o la procedencia del juicio oral.
- C.** La etapa de Enjuiciamiento es el conjunto de actuaciones que tienen como eje fundamental la realización del juicio oral. En éste tiene lugar la práctica de la prueba acerca de la conducta atribuida por el fiscal al acusado, y sobre ella y su resultado se fundamenta la resolución del conflicto penal que ha dado lugar al proceso, absolviendo o condenando al reo.
- D.** La etapa de impugnación es el conjunto de actuaciones destinadas a controlar el resultado del juicio, la sentencia, a través de los diferentes medios de impugnación o recursos (Libro IV, artículos 404-445 CPP).

LECCIÓN DUODÉCIMA

EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. INTRODUCCIÓN

1. Regulación legal

Está normada en el Libro Tercero “Proceso Común”, en rigor, el proceso de declaración. Integra la Sección I “La Investigación Preparatoria”, que consta de los siguientes cinco títulos (23 artículos en total):

- A. Título I: “Normas Generales” (artículos 321-325: cinco artículos).
- B. Título II: “La denuncia y los actos iniciales de la investigación” (artículos 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” (artículos 334-339: seis artículos).
- D. Título IV: “Actos Especiales de Investigación” (artículos 340-341: dos artículos).
- E. Título V: “Conclusión de la Investigación Preparatoria” (artículos 342-343: dos artículos).

2. Aspecto fundamental

Lo más trascendental del nuevo sistema –en el que siempre interviene una autoridad pública en atención a la enorme importancia social de la persecución penal [NIEVA]– es que deja en manos del Ministerio Público la investigación del delito. Esa opción consolida el carácter no jurisdiccional de la investigación, aun cuando sí es procesal (artículo IV.3 TP CPP), profundiza el principio acusatorio

—que se caracteriza por una nítida diferenciación de los roles o funciones entre los sujetos del proceso— y afirma el principio de imparcialidad jurisdiccional, a la vez que crea un nuevo tipo de juez: el juez de la investigación preparatoria, para controlar su desarrollo y dictar las medidas limitativas de derechos que correspondan (artículos 29 y 323 CPP). Con la concreción de dos instituciones públicas, autónomas entre sí y roles distintos, se intenta resolver armónicamente la tensión entre eficacia y garantía.

El juez instructor, como órgano a cargo de la investigación, es incompatible en este nuevo sistema en la medida que —un proceder distinto— acarrea que el juez pierda su imparcialidad. En efecto, mantener la figura del juez instructor supone mantener la objeción de que en una misma persona se reúne la función de conducir una investigación y, a su vez, de decidir sobre la afectación de derechos fundamentales; razón por la cual es correcto asignar al Ministerio Público la investigación del hecho delictivo [DEL RÍO].

Asimismo, construye un mecanismo distinto de consolidación de la eficacia y la agilidad de la actividad persecutoria para dar curso a una investigación dinámica, desformalizada y selectiva. Aquí juega un papel muy importante no solo el principio de oportunidad, sino las diferentes opciones alternativas para su limitación, verbigracia: los procesos especiales de terminación anticipada e inmediato (artículos 2, 336.4, 468 y 446 CPP), que por su propia lógica institucional y rigidez no podía cumplir el juez instructor del CPP 1940.

Desde la perspectiva de la estrategia de la investigación y la economía de medios, el fiscal debe plantear una estrategia que le permita reducir el esfuerzo instructor dentro de límites razonables economizando recursos materiales y personas, no solo por razones presupuestarias relativas a la necesaria reducción de los costes de la justicia, sino por el hecho de que no dispone de medios ilimitados que le permitan seguir hasta las últimas consecuencias todas las vías de prospección imaginables. El fiscal debe efectuar, en consecuencia, una razonable previsión de las posibilidades de éxito de las diversas vías de investigación, lo que implica una valoración de previsibilidad de resultados basadas en criterios de racionalidad y de experiencia.

En tal virtud, el fiscal solo debe realizar aquellas diligencias indispensables o esenciales para el fin de esclarecimiento perseguido. Debe incluir, como es lógico a su naturaleza objetiva, no solo diligencias necesarias para formular acusación, sino también las que, apreciada su esencialidad, pueden favorecer al imputado. Ello está íntimamente relacionado con la duración de los procedimientos penales,

que deben ser sumarios o breves, para lo cual más allá de los plazos legalmente establecidos, el fiscal debe revisar, de forma periódica, con el concurso de las demás partes, su estrategia investigativa, valorando extremos tales como: **a)** el concreto estado de las acusaciones; **b)** la eficacia incriminatoria de las diligencias practicadas 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. Bases

La existencia, en general, del procedimiento de investigación preparatoria a cargo de un órgano oficial como el Ministerio Público está en función, dice ASENCIO, al carácter público del delito, a su indisponibilidad y al interés del Estado en el descubrimiento de estas conductas. Estas son razones suficientes para justificar su existencia. Se considera a este procedimiento como el condicionante del éxito del proceso en su conjunto, pues depende de su correcto desenvolvimiento; de la intervención urgente y adecuada de la autoridad investigadora (Policía Nacional y Ministerio Público) dependerá que no se pierdan fuentes de prueba posteriormente irremplazables. El vocablo preparatorio respecto del procedimiento de investigación denota sobre todo la posición en el tiempo de este procedimiento (etapa o fase procesal) y solo alude –no designa precisamente– a su funcionalidad respecto al procedimiento, etapa o fase siguiente.

A diferencia del proceso civil, en el proceso penal es necesario que el Ministerio Público, antes de formular acusación contra el imputado, es decir, de atribuirle hechos aparentemente delictivos y de pedir la imposición de una sanción penal por un órgano jurisdiccional, debe realizar una compleja serie de actos que, de maneras muy diferentes, guardan relación con la actividad procesal posterior.

El procedimiento de investigación preparatoria precede al procedimiento principal o de enjuiciamiento, por tres razones, como enseña ORTELLS:

Primera. Así como los acaecimientos que dan origen a un proceso civil, al producirse, por regla general, con ocasión del tráfico jurídico lícito, son suficientemente conocidos por las personas a quienes puedan afectar, los delitos, en cuanto son expresión de la máxima ilicitud del ordenamiento, no solo se realizan en secreto, sino que se procura eliminar los rastros que permitan descubrirlos.

En estas condiciones no se puede formular una acusación, que requiere serlo por hechos determinados y frente a personas individualizadas.

Segunda. Existe un interés público en que el proceso penal se realice por los hechos y frente a la persona, respecto a los que existe suficiente fundamento para esta realización. La vigencia del principio de legalidad u obligatoriedad de la acción penal impone regular el procedimiento de investigación preparatoria porque sus actuaciones son necesarias para satisfacer el interés público del que se trata.

Tercera. Un proceso penal solo debe realizarse frente a alguien si hay suficiente fundamento para ello. Esto último hay que determinarlo previamente y hay que reunir los datos necesarios para hacerlo.

El régimen jurídico del procedimiento de investigación preparatoria es uno solo. Está previsto en la Sección I del Libro Tercero del CPP. Está a cargo, sin excepciones, del Ministerio Público (artículos V.1 del TP y 322 del CPP), con la intervención del juez de la investigación preparatoria, bajo el principio de rogación, y para actos puntuales o circunscriptos (artículo 323 del CPP), el cual ya no intervendrá en las demás etapas o procedimientos de la causa (principal o juicio oral e impugnativo).

Desde una perspectiva estructural, tras la notitia criminis que pueda recibir el fiscal, por diversas fuentes, y, a continuación, después de las diligencias de prevención realizadas por la policía, es factible que el fiscal decida realizar diligencias preliminares y, posteriormente, determine abrir la investigación preparatoria formalizada. Ambas posibilidades están contempladas en los artículos 330 y 336 del CPP, respectivamente

3.2. Definición

La etapa de investigación preparatoria es el conjunto de actuaciones, dirigidas por el Ministerio Público (artículo 322.1 CPP), tendentes a averiguar la realidad de un hecho reputado delictivo, sus circunstancias y a la persona de su autor o partícipe –es lo que se denomina la determinación del hecho punible y la de su autor–, para de ese modo fundamentar la acusación y, también, las pretensiones de las demás partes, incluyendo la resistencia del imputado (artículo 321.1 CPP) –es, pues, una labor de gestión técnico-jurídico de datos–. En similares términos, por ejemplo, se ha pronunciado la STSE de 09-09-02.

Realmente, el proceso penal comienza de verdad cuando se formula una acusación contra una persona determinada por un delito concreto. Pero para poder

llegar a este punto, se requiere previamente realizar una serie complicada de actos, principalmente de investigación, tendentes a averiguar las circunstancias del hecho y la personalidad de sus autores o partícipes, que fundamenten así la posterior acusación, dado que lo normal es que el delito se cometa en secreto, que se procure evitar su descubrimiento y que no se conozca desde el principio quién lo ha podido cometer [GÓMEZ COLOMER].

3.3. Finalidad

La finalidad de la investigación preparatoria es hacer posible el enjuiciamiento mediante la determinación previa, y siempre con base en juicios provisionales, del hecho presuntamente cometido y de su presunto autor. En su desarrollo se realizan, esencialmente, actos de investigación, aunque también se practican otros de carácter diferente y no estrictamente de investigación.

Toda investigación, en cuanto constituye una *inquisitio*, es una actividad en que tanto la policía cuanto la fiscalía, tratan de superar su estado de desconocimiento, incertidumbre y duda respecto al hecho relevante ocurrido y, por ello, usan todos los medios posibles, autorizados legalmente, para adquirir conocimiento cierto de sus determinaciones y características. Lo preparatorio de la investigación es que no tiene un fin en sí misma, sirve tanto al fiscal como a las demás partes, y a partir de sus resultados es posible opciones alternativas, tanto despenalizadoras cuanto de simplificación procesal.

Debe superarse la concepción del sistema inquisitivo de que el objeto de la investigación es determinar radicalmente la verdad real o histórica. Se debe aspirar a la verdad probada, que surge del conjunto de versiones –en orden a lo que fluya de los actos de investigación– de las cuales se intenta extraer lo que ocurrió, sin perder de vista que se trata de una etapa de preparación para el eventual juicio oral [UMBARILA].

4. Funciones

La investigación preparatoria tiene una función genérica y tres funciones específicas. La función genérica de la investigación preparatoria es preparar el juicio oral –que el fiscal pueda acusar y que la defensa pueda sustentar en ella sus afirmaciones–.

Las tres funciones específicas son: **a)** efectuar actos de investigación: tendientes a la averiguación de la preexistencia y tipicidad del hecho y su autoría (artículo 321.1 CPP); **b)** disponer medidas de aseguramiento de las fuentes de

prueba de carácter material, los vestigios o elementos materiales (artículo 322.3 CPP); y **c)** adoptar las medidas limitativas de derechos para garantizar los fines del proceso (artículo 253 CPP).

A final de cuentas se quiere que la investigación preparatoria: **i)** prepare el juicio oral, fundamentando la acusación y la defensa respecto de una persona concreta por un hecho criminal determinado que se le atribuye; **ii)** impida que pueda abrirse el juicio oral, a menos que si como consecuencia de ella se desprende la existencia de indicios que permiten llevar a la conclusión provisional de que es conveniente la celebración del juicio oral –decisión a cargo del juez de la investigación preparatoria–.

5. Contenido

La investigación preparatoria está integrada por cuatro clases de actos:

1. Actos que implican la iniciación de la investigación y el ejercicio de la acción penal. **2.** Actos de investigación y, en su caso, de prueba anticipada. **3.** Actos de imputación fiscal o promoción de la acción penal (Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria). **4.** Actos de coerción.

La investigación entraña una actitud inquisitiva, pese a la cual el Ministerio Público tiene una directiva de actuación objetiva (artículo 61.1 y 2); es decir, debe investigar los hechos de modo integral, ha de consignar no solo las circunstancias adversas, sino también las favorables para el imputado, cargo y descargo. Aquí el MP actúa como autoridad imparcial defensora de la legalidad: es el primer rol que tiene, que luego se modifica cuando formula acusación e interviene en el acto oral: solicita la actuación del *ius puniendi*.

Como los actos del Ministerio Público y de la Policía, salvo los de prueba irreproducible, carecen de valor probatorio, ello devuelve al juicio su centralidad (artículo 325 CPP). En materia de desformalización, se reconoce al Ministerio Público la decisión sobre la estrategia de investigación, programando y coordinando sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para su eficacia. También se han flexibilizado las reglas de registro de las actuaciones, notificaciones, comunicaciones con la policía y sobre acumulación y desacumulación de investigaciones, así como separación de imputaciones (artículo 51 CPP). Además, se reconoce al reglamento, que el órgano de gobierno fiscal dictará, regular su funcionamiento de cara a la investigación y una serie de instituciones propias de aquella. Es de entender que las reglas de competencia son judiciales, que la distribución y reparto de investigaciones no

tiene predeterminación legal, y que se reconoce amplia potestad al Ministerio Público para la asignación, control y evaluación de su labor investigadora y de los casos bajo su responsabilidad.

6. Notas características

Son cuatro las notas características de la investigación del delito, que a su vez expresan cuatro principios: carácter preparatorio o no definitivo de sus actuaciones, documentación, investigación de oficio y reserva.

6.1. Carácter preparatorio de la investigación

Las actuaciones de investigación van encaminadas fundamentalmente a determinar las circunstancias que posibilitarán en el futuro abrir o no el juicio oral, por lo que no pueden ser la base de la sentencia, carecen de efectos probatorios; tienen, pues, una naturaleza claramente instrumental [SEOANE]. En este sentido, la STSE de 20-05-07 tiene señalado que las diligencias realizadas durante la fase investigativa no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa.

Los actos probatorios se desarrollarán solo y exclusivamente en el juicio, salvo contadas excepciones (los casos de prueba anticipada y prueba preconstituida), y van encaminados a demostrar la existencia de unos hechos que darán lugar a la absolución o a la condena [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

Desde la perspectiva procedimental, el desenvolvimiento de la investigación preparatoria, conformado –como ya se anotó– por actuaciones heterogéneas, no posee una secuencia lineal. En otras palabras, la sucesión de los actos no obedece a una predeterminación legal, sino a las necesidades y resultados que cada acto provoca y produce [ARAGONESES MARTÍNEZ].

6.2. El principio de la documentación

Las investigaciones no son orales y no están regidas por el principio de concentración. Por tanto, es vital que deban documentarse en actas, en tanto carecen de carácter probatorio. Esa es la única manera de poder decidir en su momento si, con base en actuaciones pasadas y quizás lejanas en el tiempo, se abre o no la otra frase procesal destinada al enjuiciamiento del acusado. En

este sentido, entre las diligencias que deberán ser formalizadas se encuentran las inspecciones, constataciones, registros, pesquisas, secuestros, detenciones, búsqueda e incorporación de pruebas, etc. Por otro lado, en cuanto a la forma de la investigación, el Ministerio Público ha de documentar todas las actuaciones en un expediente que contendrá la denuncia, el Informe Policial, las diligencias de investigación, los documentos obtenidos, los dictámenes periciales, las actas, las disposiciones y providencias dictadas, y los requerimientos solicitados al juez con sus resultados.

6.3. El principio de la investigación de oficio

La investigación del delito debe ser obra de una autoridad pública que debe llevar a cabo su propia estrategia de esclarecimiento, sin necesidad de que su actuación sea pedida por las partes. El fiscal debe realizar las diligencias instructoras o de investigación que estime convenientes para la realización de la función de esclarecimiento y conseguimiento del fin de la misma y, sobre todo, garantizar la ejecución efectiva de importantísimas medidas provisionales.

La investigación gira en torno a un elemento objetivo –el hecho presuntamente punible– y un elemento subjetivo –la persona presuntamente responsable de aquel–, si bien no siempre es posible deslindar la existencia de actos que tiendan de modo unilateral a comprobar uno o a averiguar otro. Antes, al contrario, la investigación de ambos extremos suele ser coetánea [ARAGONESES MARTÍNEZ].

6.4. El principio del secreto de las actuaciones

Este principio se entiende, siempre, para terceros, y en relación con las informaciones contenidas en los actos de investigación –es la reserva propiamente dicha–. Posibilita que las personas que están sometidas a investigación no sufran con la publicidad de los actos de averiguación más perjuicios de los necesarios –protección de los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la presunción de inocencia e incluso a la integridad psíquica del investigado–; aunque la función primordial estriba en garantizar el éxito de la investigación, evitando las comunicaciones en la causa que puedan provocar la fuga de los partícipes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba. Por partes se debe entender a las partes privadas, bien sean acusadoras, bien se trate del imputado o del testigo. La extensión del derecho de información de las partes comprende, tanto el pasivo, como lo es la lectura personal de las diligencias, cuanto el activo o derecho a tomar notas [GIMENO].

El apdo. 1 del artículo 324 CPP autoriza que las partes obtengan copia simple de las actuaciones, las que deben permanecer en reserva bajo responsabilidad disciplinaria y exclusión del abogado si las filtra indebidamente.

El apdo. 1 del artículo 324 del CPP no solo consolida el principio de reserva de la investigación y, por tanto, del contenido de las actuaciones investigativas solo pueden enterarse los abogados debidamente personados en la causa. El Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023, al modificar este precepto introdujo una frase polémica que si se interpreta aisladamente puede importar una limitación irrazonable de la garantía de defensa procesal, específicamente del derecho a la prueba pertinente. Dice este párrafo: “De las diligencias dispuestas por el Ministerio Público o derivadas de mandato judicial [en virtud de una acción de tutela amparada o de una investigación suplementaria: vid.: artículos 71.4 y 346.5 del CPP], toman conocimiento según corresponda, cuando están en curso o al término de las mismas”. Una cosa es el acto de informarse y revisar las actuaciones judiciales insertas en las actas correspondientes, así como de los escritos, peticiones y constancias, lo que puede hacerse cuando las diligencias estén en curso o una vez culminadas –no puede esperarse a la culminación de una diligencias de realización en momentos sucesivos para enterarse de las actas que van formándose al efecto–; y otra, muy distinta, es que se notifique a las partes la realización de las diligencias –instadas de oficio o a pedido de las diversas partes o sujetos procesales– y que puedan participar en su ejecución (artículo 338.1 del CPP). La nota característica de investigación participativa no se altera en lo más mínimo.

El apdo. 2 autoriza al fiscal a ordenar propiamente el secreto instructorio: prohibición de la publicidad relativa mediante la expedición de una disposición, que empero debe cumplir con el principio de proporcionalidad –su objeto es garantizar el éxito de la investigación–. **1.** Formalmente ha de ser motivada con inclusión del adecuado juicio de ponderación entre el derecho de defensa, de un lado, y el éxito de la investigación preparatoria, de otro. **2.** Subjetivamente, se hace de oficio o a pedido de parte, cuyos efectos rigen para todas las partes personadas. **3.** Materialmente el secreto se extiende a los actos de investigación, que puede ser total o parcial (circunscribe sus efectos a alguno o algunos actos de investigación). **4.** Temporalmente, dura 20 días, solo prorrogables por el juez de la investigación preparatoria por un plazo no mayor de 20 días.

La publicidad, por tanto, es plausible en tanto no perjudique la eficacia de la investigación y solo debería comprender las diligencias no declaradas secretas. La identidad e imagen del investigado en esta fase deberían estar excluidas por

completo de la publicidad, para así preservar la batería de derechos fundamentales ya citados del imputado –y también de la víctima en la medida en que le sean aplicables [NIEVA]–.

7. Facultades coercitivas

Una garantía fundamental para la eficacia de las actuaciones de investigación es la facultad que se reconoce al fiscal de dictar ciertas, mínimas, facultades coercitivas, imprescindibles para hacer posible la realización material de los fines de la misma. Se entiende por facultad el poder legal que se confiere al fiscal para el cumplimiento efectivo de su función de conductor de la etapa de investigación, para lo cual puede restringir derechos de las personas. Los actos de coerción están orientados al mejor y recto cumplimiento de sus funciones. El valor eficacia justifica esta facultad.

En tal virtud, se reconoce al fiscal **(i)** citar a las personas involucradas en una denuncia o hecho delictuoso para que declaren o realicen una actividad específica y, en caso de que aquellas no asistan, desatendiendo su pedido, a pesar de haber sido debidamente notificadas, **(ii)** ordenar que la policía las conduzca ante su presencia, medida que no puede demorar más de 24 horas (artículo 66 CPP). Además, con la finalidad de generar seguridad y orden en las diligencias bajo su cargo, **(iii)** requerir la intervención de la fuerza pública y toda otra medida –función de policía procesal o de estrado– que garantice el desarrollo adecuado de las diligencias (artículo 126 CPP).

Es evidente que con todo acto de investigación se puede vulnerar algún derecho fundamental, tan pronto como aparece un sospechoso identificado: los más afectados son, desde luego, la presunción de inocencia y la intimidad, sin perjuicio de la integridad corporal, la dignidad y la libertad ambulatoria. Sin perjuicio de lo que la fiscalía expresa y limitadamente puede realizar, así como de aquellos supuestos en que se requiera la preceptiva orden judicial, es de tener en cuenta la actividad investigativa, policial, a la que se reconoce la realización de investigaciones urgentes de propia autoridad. Desde luego, bajo la supervisión fiscal, esas actuaciones deben cumplir dos requisitos: **1)** existencia de sospecha fundamentada de delito concreto; y, **2)** concurrencia, bien de urgencia en la intervención que impida pedir la autorización correspondiente, o bien consentimiento del sujeto pasivo de la diligencia [NIEVA].

8. Funciones del juez de la investigación preparatoria

En el curso de la investigación preparatoria, el juez de la investigación preparatoria goza de ciertas facultades: jurisdiccionales y de garantía, que ejercerá a instancia del fiscal o a solicitud de parte, la investigación preparatoria no es de dominio exclusivo del fiscal, siempre hay control y dirección del juez en algún sentido [NEYRA]. El juez procura equilibrar la posición de las partes en el procedimiento de investigación. El CPP reconoce cuatro 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.

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. Control de los plazos de duración de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria formalizada; y,
- C. Ordenar la práctica de una diligencia de investigación cuando el Ministerio Público negó indebidamente su actuación.

II. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

1. La denuncia

Se realiza ante el fiscal o la policía. Se la define como una declaración de conocimiento por la que se transmite a la Fiscalía o a la Policía Nacional la noticia de un hecho constitutivo de delito.

No se ha alterado el régimen de la legislación pretérita, aunque ha sido precisado y regulado con mayor especificidad. La denuncia se configura como un derecho ciudadano (artículo 326.1 CPP) y, excepcionalmente, como un deber

(apdo. 2 del citado artículo 326 CPP), en el caso de los médicos, educadores y funcionarios públicos en el ejercicio de su función. Cualquier persona que tuviera conocimiento de un delito perseguible de oficio puede denunciarlo ante las autoridades. No se exige, en consecuencia, que la denuncia la formule una persona determinada en el caso de los delitos de acción pública, pudiendo ser tanto la víctima o una tercera persona que tenga conocimiento del evento delictivo [SÁNCHEZ VELARDE]. Se reconoce como excepción el derecho a la abstención de denuncia de los cónyuges y parientes, así como a los que estén amparados en el secreto profesional. Por último, se regula el contenido y forma de la denuncia, destacándose el requisito de la identificación del denunciante y de una narración circunstanciada de los hechos (no se exige la individualización del responsable). La simplicidad es la regla: se formula por escrito u oralmente. En el caso de que la denuncia se presente verbalmente, se hará constar en el acta que levantará el funcionario del MP o de la Policía que la reciba, debiendo recabar la firma y huella del denunciante [LÓPEZ BETANCOURT].

En cuanto a la posibilidad de iniciar una investigación a partir de la interposición de denuncia anónima, esto es viable por cuanto el Código Procesal Penal no ha establecido una norma prohibitiva para su admisibilidad. Si bien la denuncia anónima no puede servir de base para el inicio de una investigación penal, puede permitir la investigación de oficio de parte de una autoridad competente, en función a su verosimilitud y seriedad [JAUCHEN]. La STSE n.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 artículo 329 CPP cuando tenga sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito –indicios materiales más un examen de

la procedencia legal: la presunción de que una conducta podría ser punible—. La iniciación y la realización de un procedimiento de investigación, como tales, no son impugnables judicialmente; obedecen la discrecionalidad del fiscal.

Son dos los aspectos de la discrecionalidad fiscal: **a)** la intervención de la Policía Nacional en la práctica de las diligencias preliminares –salvo el supuesto de la no identificación del autor–; y, **b)** la práctica misma de las diligencias preliminares.

2.2. Diligencias preliminares

2.2.1. Definición y alcances

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 (artículo 334.2 CPP). 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].

Instrumentalmente, esta subfase procesal busca determinar si se debe formalizar la investigación preparatoria (artículo 330.1 del CPP). Al respecto, explica MARTÍNEZ RAVE, que el legislador consideró prudente que antes de ordenar la iniciación de la formalización de la investigación preparatoria se tengan elementos más o menos firmes que permitan al fiscal deducir la necesidad de iniciarla, con todo lo que esto significa en costas, en actividades, etcétera. Siempre significa una actuación anterior a la investigación preparatoria formalizada.

La fuente del artículo 330.1 del CPP es, sin duda, el Código de Procedimiento Penal Colombiano de 1991 (Decreto 2700, de 30-11-1991), en sus artículos 312, 319 y siguientes, modificados por el artículo 40 de la Ley 81, de 2-11-1993, bajo la denominación de “investigación previa”.

Los fines de esta subfase son precisos y están determinados en el artículo 330.2 del CPP –con influencia del artículo 319 del CPP Colombiano de 1991. Con ellas se pretende allegar información sobre: (i) si han ocurrido los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad (circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron y si son o no violatorios de la ley penal); (ii) asegurar los elementos materiales de su comisión; (iii) individualizar a las personas involucradas en su comisión –identificando y concretando su intervención en los hechos–, incluyendo a los agraviados; y, (iv) asegurarlas debidamente. Esto es, determinar si es viable o no la promoción de la acción penal, concretada en la expedición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria.

La finalidad y el plazo de las “diligencias preliminares” están regulados por los artículos 330.2 y 334.2 CPP. Luego, no es posible una interpretación de una institución al margen de las previsiones normativas. A estos efectos es menester destacar lo siguiente:

PRIMERO, que precisamente, se está ante diligencias preliminares, lo que desde ya significa actuaciones o trámites de averiguación realizados o dispuestos por el Ministerio Público –que, incluso, puede realizar la Policía– que preceden o se anteponen al procesamiento formal y que permiten tratar sólidamente una ulterior investigación tras el procesamiento correspondiente (dictación de la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria).

SEGUNDO, que precisamente se dispone su formación cuando, desde la *notitia criminis* y los datos ofrecidos por las primeras fuentes de información, (i) no se tiene una acreditación, en el grado de sospecha reveladora (ex artículo 336.1, *a contrario sensu*, CPP), respecto de los hechos supuestamente delictivos prevenidos o comunicado, (ii) o hace falta el necesario aseguramiento de las fuentes de investigación o de sus elementos materiales para la concreción de los mismos, o (iii) cuando resulta indispensable especificar o determinar, con sus nombres y apellidos completos e, incluso, con su Documento Nacional de Identidad, a los involucrados en los hechos, incluso los agraviados, así como, cuando corresponda, custodiarlos o impedir que se aparten o alejen del proceso.

TERCERO, que los actos de investigación no son los comunes –los que demandan inmediatez–, sino aquellas diligencias que se estiman urgentes o inaplazables. Lo urgente es aquello que se debe ejecutar rápida o prontamente, con apremio o dinamismo. Lo inaplazable es aquello que no se puede retrasar, que debe hacerse rápidamente en atención a las circunstancias del caso. Lo esencial del tipo de actuaciones que resulta menester ejecutar sin dilación es la necesidad, impuesta por las condiciones del caso concreto, de actuar con premura o prontitud.

Por tanto, se debe diferenciar entre actos ordinarios y actos urgentes e inaplazables, en los que el criterio para distinguirlos es la necesidad de actuación inmediata o muy celeré. No hay diferencias en orden a la clase de actos que pueden realizarse, pero siempre que se trate de actos simples o no complejos, que no demoren tiempos extensos en sus resultados, a menos que se trate de solo realizar las primeras actuaciones base para obtener luego los desenlaces buscados.

CUARTO, que, en este contexto, se explica que la ley fije un plazo específico: sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona –que no puede exceder de cuarenta y ocho horas–, o un plazo prudencial si se trata de casos complejos, dificultosos o laboriosos (artículo 334.2 CPP). La ley no previó una prórroga, como sí lo hizo para el plazo de la investigación preparatoria formalizada (artículo 342.1 y 2 CPP), cuando se trata de “[...] *causas justificadas*,...”.

Ésta no ha sido la interpretación de ambos preceptos asumida por la Corte Suprema de Justicia (SSC 599-2018/Nacional y 528-2018/Nacional, ambas de 11-10-2018). En dichas sentencias el Tribunal Supremo consideró que no es de rigor limitarse a una interpretación temporal de las actuaciones (*sic*) al estimar que para casos de crimen organizado existen determinadas actuaciones que no pueden realizarse en un breve periodo de tiempo, que estas investigaciones requieren una mayor inversión de tiempo y de recursos para lograr recabar los elementos necesarios

para su debida investigación, que una de las características de la investigación es su progresividad, y que, además, este plazo es impropio, el cual se puede ampliar incluso si por alguna falta de diligencia se efectúa luego de culminado.

Es menester puntualizar, sin embargo, la naturaleza de esta subfase de la investigación preparatoria y la clase de actos de investigación que permite realizar, de suerte que en casos complejos corresponde al fiscal fijarlos con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pero nunca sin siquiera asemejarse al plazo de la investigación preparatoria formalizada. La ley procesal no admite prórrogas del plazo –y aun si se acude al enunciado abierto de “causas justificadas” tampoco puede importar un tiempo que rebase lo urgente e inaplazable–. El plazo ha de ser breve porque las diligencias que se realizan son de ejecución rápida y que no pueden atrasarse.

2.2.2. Control del plazo

Se realiza por cualquiera de los interesados. Es de aclarar que, salvo el imputado, todavía no hay partes procesales, pues su constitución solo es posible a partir de la formalización de la investigación preparatoria, cuando se ha producido la inculpación formal. En efecto, los artículos 90, 98 y 111 del CPP exigen siempre que exista “proceso penal”, lo que importa promoción de la acción penal.

En cuanto a los presupuestos procesales que lo determinan, son de aplicación los apartados 3 y 4 del artículo 334 del CPP. Así:

- A. El presupuesto objetivo es la disposición que fijó el plazo, ya sea (*i*) por establecer un tiempo excesivo de tramitación; o (*ii*) por la demora de las diligencias preliminares, más allá del plazo estipulado o de un período razonable.
- B. El presupuesto subjetivo, luego de la legitimación activa –un interesado–, es la existencia de un gravamen, es decir, que se trate de un afectado con el plazo fijado o transcurrido.
- C. Los presupuestos formales son, en cuanto al lugar, que se planteen, primero, ante el propio fiscal y, a continuación, ante su desestimación, ante el juez de la investigación preparatoria. En lo atinente al tiempo, apenas se advierta, sin fecha fija, si se trata del fiscal; o dentro de cinco días de desestimado el pedido por el fiscal, si se trata del juez. En lo concerniente al modo, se tiene: (*i*) escrituralidad de la solicitud de control; (*ii*) indicación tanto de la pretensión procesal incidental (causa de pedir: el por qué el plazo fijado es excesivo, o si la ejecución

de las diligencias preliminares está demorando más de lo razonable, como del petitorio: cesación de las diligencias preliminares y que el fiscal decida si dicta la inculpación formal, archiva las actuaciones o dicta otras opciones legalmente autorizadas); y, **(iii)** incorporación de la argumentación que la sustenta. La solicitud debe ser literosuficiente.

En lo atinente al procedimiento incidental es de puntualizar que el trámite ante fiscal es escrito y tras la presentación de la solicitud se resuelve sin necesidad de traslados o actuaciones previas. El trámite ante el juez de la investigación preparatoria es contradictorio, con oralidad e intermediación. Se necesita de la realización preceptiva de una audiencia preparatoria con la participación del fiscal y del solicitante. Rige, por consiguiente, el artículo 8 del CPP. Como esta audiencia solo exige la presencia obligatoria del fiscal, que pondrá a disposición del juez el expediente fiscal, para darse por instalada, no hace falta la intervención del solicitante, pero obviamente se requiere de su debido emplazamiento.

2.3. La inspección preliminar

Una diligencia inicial, normada en el apdo. 3 del artículo 330 CPP, es la inspección preliminar: el fiscal se constituye al lugar de los hechos y efectúa la inspección correspondiente –una diligencia específica, que la integra, por cierto, es el “levantamiento de cadáver”, prevista en el artículo 195 CPP–. A través de ella examina las huellas materiales, pone término a las consecuencias ulteriores del delito y evita la alteración de la escena del delito –es el lugar donde se ha producido el hecho punible que comprende, además, todos los indicios y evidencias (vestigios y rastros materiales) que se encuentran en dicho lugar, así como las vías de acceso, el lugar de entrada, el teatro del crimen, el lugar de salida y las vías de escape [NOGUERA]–. Aquí se opta –en tanto, para su eficacia, previamente la policía procedió a la delimitación, aislamiento y protección de la escena del delito– por la recogida y custodia de los siguientes elementos: **a)** el objeto material del delito o instrumento a través del cual se ha cometido la acción delictuosa, y **b)** las piezas de convicción o elementos que contribuyan a la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

Desde la perspectiva criminalística es factible que pueda haber más de un lugar de los hechos. Por tanto, el sitio donde se encuentra el cuerpo del delito se denomina “lugar de los hechos primarios”, y otros lugares de relevancia criminalística, tales como **a)** lugares utilizados para desplazamientos, **b)** lugar donde se descubre cualquier elemento físico de prueba distinto al primario, **c)** medios utilizados para

el delito, y **d**) espacios físicos de uso forzoso, denominados “lugar de los hechos secundarios” [NOGUERA].

La inspección preliminar es un acto típico de investigación, en tanto en cuanto es un acto de constancia de lo ocurrido y de lo que se encuentra en el lugar del delito. Empero, lo referido a la recogida y conservación del cuerpo del delito: objeto material del delito y piezas de convicción, constituyen un acto de prueba preconstituida, en la medida que garantiza la preexistencia y genuinidad de las fuentes de prueba intervenidas y que posibilitan la ulterior realización de análisis periciales.

Esta diligencia, y otras similares vinculadas al cuerpo del delito y a las piezas de convicción –de ahí su heterogeneidad–, constituye una actuación propia de “comprobación del delito” tendente a acreditar que el delito existió, que no fue una patraña urdida por malquerencias o por alguien interesado en hacerlo suponer, ya sea por venganza, deseo de ocultar otro más grave o al verdadero delincuente, notoriedad patológica o cualquier otra razón espuria [ALMAGRO]. El levantamiento de cadáver es una diligencia de las denominadas “cuerpo personal del delito”, que importa propiamente la constitución en el lugar donde se halle el cadáver, el examen del mismo, su identificación si fuera posible en ese momento a través de sus documentos o la precisión de testigos presentes en la escena del delito –sin perjuicio de la denominada “necroidentificación” (huellas dactilares, fotografías, muestras biológicas)–, la incautación instrumental de los vestigios materiales y de los instrumentos, armas y efectos, y el levantamiento del acta correspondiente con el auxilio, si fuera del caso y esté disponible, de las fotografías y de la filmación respectiva [SEOANE].

2.4. Actuación policial e informe policial

El artículo 331 del CPP, modificado por el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023, obliga a la Policía a comunicar a la Fiscalía, tan pronto tenga noticia de la comisión de un delito, por la vía más rápida y por escrito, los elementos esenciales del hecho, los elementos investigativos recabados y la actividad realizada al efecto. Las diligencias preventivas policiales, permitidas por el artículo 68 del CPP, continúan realizándose, más allá de la comunicación cursada y recibida por la Fiscalía, hasta que el Fiscal decida lo conveniente. Si el fiscal decide que la Policía continúe con las diligencias (investigación por comisión), más allá de las diligencias ordenadas realizar, la Policía puede solicitar y con la anuencia fiscal ha de realizar los actos de investigación adicionales necesarios para el debido esclarecimiento de los hechos. Estos nuevos actos deben ser enumerados en la disposición ampliatoria que dicte el fiscal.

Estipula el apartado 3 del citado artículo 331 del CPP que para los efectos de los actos de investigación personales las citaciones policiales pueden efectuarse hasta por tres veces; no necesariamente tres citaciones en todos los casos, sino en función al plazo acordado de las diligencias preliminares y a la naturaleza del acto de investigación.

El producto de las actuaciones policiales se vuelca en un documento denominado Informe Policial (artículo 332.1 del CPP). El plazo de entrega del citado Informe Policial es el fijado por la fiscalía, bajo responsabilidad funcional. La norma originaria del artículo 332.1 del CPP no solo cambió la denominación del documento, de Atestado –así contemplado en el ACPP bajo influencia española– a Informe, en cuya virtud ya no podía calificar jurídicamente el hecho objeto de investigación, menos atribuir responsabilidades iniciales. Solo contenía los antecedentes de su intervención, la relación de diligencias efectuadas, y el análisis de los hechos investigados; así como debía adjuntar las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas, la comprobación del domicilio y los datos personales de los investigados, así como “todo aquello que considere indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos”.

El nuevo texto del artículo 332.2 del CPP no solo enfatiza el carácter no vinculante del Informe Policial –lo que es obvio por la propia naturaleza de la investigación y del rol de la Policía en relación con la función constitucional del Ministerio Público–, sino que además vuelve al sistema anterior, en el sentido que autoriza a la Policía a calificar los delitos presuntamente cometidos, a definir los grados de intervención delictiva, y a plantear las conclusiones respectivas. Esto último, desde luego, es una atribución propiamente jurídica que le corresponde al Ministerio Público como titular de la persecución penal y de la investigación preparatoria, que en su día exigirá al fiscal a justificar una opción jurídica penal distinta respecto, no solo de los hechos, sino de su calificación.

La Policía está bajo la autoridad y dependencia del fiscal, por lo que deberá de cumplir con la realización de los actos que le fueron encomendados. Las principales atribuciones de la Policía en la investigación son: **(i)** recibir denuncias; **(ii)** efectuar la intervención de oficio en los casos de flagrancia delictiva; **(iii)** detener e incomunicar a las personas en los casos de flagrancia delictiva; **(iv)** recoger las pruebas y demás antecedentes que pudiera adquirir en el lugar de la ejecución del delito; **(v)** practicar las diligencias necesarias para identificar al autor y partícipe de los hechos delictivos; **(vi)** recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos; **(vii)** allanar locales de uso público o abiertos al público; **(viii)** efectuar el secuestro e incautaciones necesarios en los delitos flagrantes o de

peligro inminente de su perpetración; **(ix)** recibir las declaraciones de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor (artículo 68 CPP). De todas las diligencias practicadas se deberá informar siempre al Ministerio Público.

El informe policial es un documento que contiene la investigación –entendida como conjunto– realizada por la Policía respecto a un hecho aparentemente delictivo, que hoy es ciertamente compleja, y tiene diferente valor de denuncia pues cumple la función de ser acto de iniciación del proceso [MONTERO]. En principio: **a)** tiene valor de denuncia, por lo que es el acto de iniciación del proceso penal; **b)** el policía que lo redactó tiene la condición de testigo sobre lo que le consta y como tal declarará en el juicio oral; **c)** las apreciaciones u opiniones de la policía, las declaraciones o manifestaciones, incluso las diligencias de identificación o reconocimiento o de otras diligencias semejantes, si no cumplen las exigencias de irrepetibilidad y urgencia, tienen el valor de mera denuncia –la clave es que quien lo haga declare en el acto oral y se someta a contradicción–; **d)** los dictámenes o informes de los laboratorios policiales tienen el valor de dictámenes periciales; y, **e)** las diligencias objetivas y de resultado incuestionable, tienen el carácter de prueba preconstituida –documentales o periciales, sin perjuicio de la declaración del agente policial que las llevó a cabo, si fuera el caso–.

El informe policial debe contener, primero, el relato completo de los hechos, que parte de los datos acerca de la denuncia o de las primeras diligencias, cuyo carácter debe ser objetivo, limitados a los hechos constatados; segundo, diligencias practicadas, que deben indicarse con el fundamento de su ejecución, la sospecha que la motivó y, en su caso, si se recabó la orden fiscal o, en casos graves, la autorización judicial; y, tercero, hipótesis sobre futuras líneas de investigación, que permitirá al fiscal construir la estrategia de diligencias futuras y, en todo caso, marca la línea de cooperación y colaboración entre policía y fiscalía, bajo el entendido que la policía requiere de rapidez y eficacia en su actuación, y los fiscales precisan de fuentes de prueba lícita [NIEVA].

El artículo 332, apartado 3, del CPP fija los componentes del Informe Policial: **1.** La denuncia o antecedentes que motivaron la intervención policial. **2.** Las diligencias efectuadas –incluidas, obviamente, las autorizaciones fiscales y judiciales–. **3.** Las actas levantadas. **4.** Las declaraciones (antes se decía: manifestaciones) recibidas. **5.** Las pericias realizadas. **6.** Los elementos materiales incautados y/o decomisados. **7.** La comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados. **8.** Otros elementos que la labor de investigación requiera.

2.5. La disposición de archivo

El artículo 334.1 CPP establece las causales por las que el fiscal, luego de recibir la denuncia o culminar la subfase de diligencias preliminares, puede emitir una disposición de archivo. Estas son: **(i)** que el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente; **(ii)** que se presenten causas de extinción de la acción penal o no se individualice –con sus nombres y apellidos completos– al denunciado o investigado; y, **(iii)** que falten indicios reveladores de la realidad del delito, y la intervención de su comisión del denunciado o investigado.

En cuanto a la primera causal, se diferencia entre el supuesto de atipicidad del hecho punible del caso de ausencia de punibilidad. El hecho puede ser atípico por la falta de un elemento objetivo o subjetivo del tipo, por la presencia de una causa de justificación. De otro lado, el hecho no es justiciable penalmente por falta de punibilidad del hecho delictivo o por presentarse cláusulas de exclusión de la pena.

Por otra parte, las causales de extinción de la acción penal se encuentran establecidas en el artículo 78 del CP: **(i)** por la muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia; **(ii)** por la autoridad de cosa juzgada; **(iii)** en los casos que solo proceda la acción privada, esta se extingue, además de las establecidas en el núm. 1, por desistimiento o transacción.

Finalmente, la causa de falta de indicios procede cuando el fiscal advierte la ausencia de elementos de prueba o su insuficiencia para fundamentar la continuación de la investigación penal, lo cual puede estar relacionado tanto a demostrar la existencia del hecho delictivo como también la responsabilidad penal del autor o partícipe.

2.6. Impugnación de la disposición de archivo

Contra la decisión que dispone el archivo de las investigaciones, el agraviado podrá interponer recurso de queja dentro de un plazo de cinco días a fin de que sea resuelto por un fiscal superior, quien en igual tiempo se pronunciará (artículo 334.5 y 6). Sobre este aspecto, sin embargo, el Ministerio Público, mediante Directiva n.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 artículo 12 de la LOMP, que establecía que el plazo para recurrir en queja ante el fiscal inmediato superior era de tres días.

Esta directiva emitida por la Fiscalía de la Nación es discutible por cuanto expresamente el artículo 334.5 del CPP ha regulado el plazo de cinco días, no como período 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 artículo 12 de la LOMP, pues el CPP, a diferencia del ACPP, ha regulado con precisión y claridad las actuaciones del Ministerio Público y, en este supuesto específico, el plazo para impugnar o, mejor dicho, en vía de remedio jurídico, instar la elevación de las actuaciones al fiscal superior.

El fiscal superior, recibido el cuestionamiento a la decisión de archivo emitido por el fiscal provincial, contará con un plazo de cinco días para emitir su disposición. El fiscal superior podrá, en consecuencia: **(i)** Ordenar la formalización de la investigación preparatoria, en cuyo supuesto, por el principio de jerarquía que rige en el Ministerio Público, el fiscal provincial tendrá que cumplir la disposición de su superior; **(ii)** Ratificar el criterio del fiscal provincial, en este supuesto se constituye cosa decidida y la investigación se archiva de forma definitiva; y, **(iii)** Ordenar la realización de diligencias adicionales al fiscal provincial a fin de emitir una nueva disposición.

La Disposición de archivo conlleva el efecto de prohibir una investigación por los mismos hechos. Esa es la regla. El Tribunal Constitucional; en la STC n.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 artículo 335 CPP establece dos supuestos de excepción: (i) prueba nueva; y, (ii) manifiesta falta de investigación en el caso archivado. En igual sentido la STC n.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 artículo 336.4 CPP ha regulado una figura innovadora en el sistema procesal penal conocida como “acusación directa”. Se establece que si el fiscal considera –luego de actuadas las diligencias preliminares– que existen suficientes elementos de la realidad de comisión del delito y de la intervención del imputado en su comisión, podrán formular acusación de manera directa –“sospecha suficiente”–.

Sin embargo, esta figura no se ha encontrado exenta de críticas, pues no se establece cómo continuar el procedimiento en el caso de la acusación directa. No existe una mención a la disposición de formalización de investigación preparatoria, el empleo de la tutela de derechos, la admisión del actor civil o el emplazamiento del tercero civil responsable [SÁNCHEZ VELARDE].

El Acuerdo Plenario n.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 artículo 350.1 NCP, observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que pueden servir en el juzgamiento. En el caso de la víctima o del ofendido que no haya podido constituirse como actor civil, podrá solicitarla al juez de la investigación preparatoria conforme al artículo 100 CPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350 CPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apdo. 1, literal h.

3. La investigación preparatoria formalizada. La disposición fiscal

3.1. La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria

Si la disposición inicial de actuaciones de investigaciones descansa en la sospecha inicial simple, la inculpación formal o la formalización de la investigación preparatoria se apoya en la noción de *sospecha reveladora* –‘indicios reveladores de la existencia de un delito’ (artículo 336.1 CPP)–. Esa es la segunda selección, de cara a los hechos, que debe realizar el fiscal.

Los presupuestos materiales para la indicada disposición son: **1)** que el hecho denunciado constituye delito y es justiciable penalmente, **2)** que no se presentan causas de extinción del delito, **3)** que se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, y **4)** que el imputado esté debidamente individualizado (artículo 336.1 CPP). De no presentarse esos presupuestos expedirá una Disposición de archivo de actuaciones, que se notificará a los interesados, contra la que procede una instancia ante el fiscal superior.

La Disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria está sujeta a formalidades muy estrictas: artículo 336.2 CPP. Destacan: **a)** la exigencia de precisión los hechos –importa una descripción de la conducta atribuida a cada imputado con las circunstancias que le son relevantes–; **b)** la tipificación específica correspondiente, a la vez que permite al fiscal consignar, tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación; y **c)** indicación de los motivos de la calificación jurídico-penal.

La disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria es, propiamente, un acto de imputación del fiscal, jurídicamente relevante, por el que inicia el procedimiento de investigación preparatoria formalizado y concreta la inculpación formal. El estándar de los elementos de investigación que se exige para su emisión es el de sospecha reveladora, que incide en los cuatro presupuestos antes indicados, esencialmente en la existencia de elementos investigativos de tal nivel o fuerza que permitan entender, siempre a nivel provisorio, que existe una probabilidad razonable para avalar con más fuerza la hipótesis inculpatoria.

En primer lugar, se entiende que esa Disposición Fiscal importa la promoción de la acción penal, y da lugar al inicio formal de la intervención jurisdiccional, controlando el mérito de la investigación preparatoria. En segundo lugar, un efecto trascendente de la aludida disposición es que suspende la prescripción, de acuerdo al artículo 339.1 CPP (Acuerdo Plenario n.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 artículo 339.1 CPP regula una *sui generis* suspensión de la prescripción de la acción penal, por lo que queda sin efecto el tiempo que transcurre desde la disposición fiscal de formalización hasta la culminación del proceso mediante un sobreseimiento o sentencia firme. No se trata de un supuesto de interrupción de la prescripción de la acción penal. Empero, el Acuerdo Plenario n.º 3-2012/CJ-116, luego de ratificar que la citada norma, no derogó ni modificó los artículos 83 y 84 CP, estatuyó que está sujeta a un límite temporal de duración y que sería el mismo que contenía el derogado artículo 122 de CP de 1924: el plazo de duración de la suspensión de la prescripción será igual al plazo ordinario de la prescripción más una mitad. Ello significa que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso –la fecha de emisión de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria– no se pierde y se sumará al que transcurra después de su dictado, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa a efectos de la prescripción extraordinaria (así, Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116). En tercer lugar, el archivo de las actuaciones, el sobreseimiento, solo puede ser dictado por el juez de la investigación preparatoria. Por último, se requiere de esa Disposición para dictar medidas coercitivas graves, como la prisión preventiva –requisito previo para la práctica de diligencias que afecten derechos individuales, artículo 338.4 CPP–.

Por otro lado, en tanto la Disposición es una actuación unilateral del Ministerio Público, no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez de la investigación preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra.

La emisión de la Disposición Fiscal, en puridad, inicia la fase de imputación de la etapa de investigación preparatoria, en la que la intervención del imputado y agraviado es fluida, en especial del primero, en la que por el solo hecho de la Disposición en cuestión alcanza la condición de procesado o 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 concurran, así como de valoración de las actuaciones ya practicadas, inherentes a la función de persecución del delito de quien es autoridad objetiva de justicia y que pueden considerarse discrecionales en su ejercicio (en similares términos se pronunció el ATCE 324/1982, de 25 de octubre). El fiscal, de este modo, exterioriza un juicio de probabilidad relativo que se consolidará o no según dirija la acusación en el momento oportuno (STSE de 03-05-99), la cual exige un juicio de suficiencia de los indicios; esto es, de sospecha suficiente, cuando es de esperar la condena del imputado con una fuerte probabilidad, sin perjuicio de que en su ulterior calificación el juez esté convencido de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la acción imputada [Roxin]. Probabilidad, en el supuesto que nos ocupa, debe entenderse como imposibilidad de descartar o de excluir, es decir, que a la vista de los elementos de convicción que arroja la investigación preparatoria –a la luz incluso, vista la lógica contradictoria del procedimiento intermedio, del material probatorio que las partes pretenden aducir como prueba–, no cabe descartar que un tribunal pueda convencerse de la culpabilidad del acusado sin incurrir en arbitrariedad [ORMAZÁBAL SÁNCHEZ].

La Disposición Fiscal importa una inculpación o imputación formal, es decir, la atribución formal a una persona de participación en un delito concreto. Esta disposición pretende que el sospechoso sepa desde el principio de la investigación

preparatoria que tiene esa condición jurídica. Como solo se requieren “indicios reveladores”, esa sospecha es la que puede albergarse tras la práctica de unas pocas averiguaciones, y por ello se busca informar al imputado de que lo que es de una manera sencilla, sin entrar en excesivos detalles. Su utilidad es evidente: que el imputado pueda defenderse, bien declarando en su descargo, o bien proponiendo diligencias que contribuyan a su exculpación, y que eviten el inicio del proceso a través de la acusación.

El juez de la investigación preparatoria, al igual que el Código de Procedimientos Penales Italiano de 1989, solo registra la disposición de formalización de la investigación preparatoria. No se pronuncia sobre su mérito. El juez no constituye como parte pasiva necesaria al imputado, como sí lo hace con las demás partes procesales (actor civil, tercero civil y persona jurídica). Tal registro permite, con posterioridad, el control jurisdiccional de la investigación preparatoria, que ya no podrá definirse sin la intervención decisoria del órgano jurisdiccional. Aquí, el juez de la investigación preparatoria, como ya se anotó, tiene facultades jurisdiccionales y de garantía, que las ejercerá a pedido de parte.

3.2. Las diligencias de la investigación preparatoria

Respecto de los actos de investigación rige, como acota VOLK, el principio de libre configuración del procedimiento de investigación preparatoria (preliminar y formalizado). La Fiscalía y, en su caso, en lo no dispuesto por la Fiscal, la Policía (actuación por comisión) son libres: **1.** En cuanto a las diligencias que pueden ser adoptadas según punto de vista táctico-criminalísticos (v.gr.: cuándo se interroga al imputado, o en qué momento se pregunta a un testigo, se realiza un careo o se obtiene un documento, o en si la pericia debe requerirse en tal o cual momento). **2.** En la selección de los medios, en orden a su eficacia (v.gr.: si se pide la intervención de la policía o se usa la fuerza pública o se pide o no medidas instrumentales restrictivas de derechos o cuándo se instan medidas de cooperación judicial internacional o se dispone ejecutar pericias de especial significación o complejidad). Así lo dispone el artículo 65.4 del CPP: “El fiscal decide la estrategia de investigación adecuada al caso. Programa y coordina con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma”. Este precepto impone un deber de investigación, que es lo que se denomina “clausula general de investigación”, que abarca todas las medidas, incluso solicitarlas al juez cuando fuere menester—.

Una de las notas características del sistema procesal es que las diligencias preliminares y las de investigación preparatoria formalizada están sujetas al mismo régimen jurídico y, por ende, no se repiten. Solo es posible su ampliación si resulta

plenamente necesario ante nuevas circunstancias que la requieran (artículo 337.2 del CPP).

Las potestades de investigación del fiscal, de un lado, comprenden la toma de declaración del imputado, agraviado, testigos y peritos—quienes deben presentar los dictámenes que se les requiera—, así como exigir informaciones de cualquier autoridad, funcionario público, emplazándoles conforme a las circunstancias; y, de otro lado, reconoce limitadas potestades coercitivas: disponer la conducción compulsiva del inconcurrente que ha sido citado. Además, tiene poder disciplinario—que incluye la expulsión del rebelde— y de recurrir la intervención de la policía para garantizar el orden de las diligencias que realiza.

Las partes pueden solicitar las diligencias que consideren pertinentes, útiles y conducentes, así como tienen reconocido el derecho de asistencia a las diligencias de investigación—es el denominado *derecho de presencia*—. Pero, antes, tienen el derecho de ofrecer diligencias de investigación y, por ende, también de ser notificadas de su actuación—es el denominado “derecho al conocimiento de las actuaciones”—. El rechazo a la realización de una diligencia determina la intervención del juez de la investigación preparatoria: no se requiere audiencia.

3.3. La tutela de derechos y la disposición de formalización de la investigación preparatoria

El artículo 71 del CPP prevé los derechos del imputado, específicamente, en el apdo. 4 se encuentra regulada la denominada “Audiencia de Tutela”. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los siguientes: **(i)** conocimiento de los cargos inculcados e información de derechos (artículo 71.2 CPP); **(ii)** conocimiento de las causas de detención; **(iii)** entrega de la orden de detención girada; **(iv)** designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto; **(v)** posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido; **(vi)** defensa permanente por un abogado; **(vii)** posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado; **(viii)** abstención de declarar o declaración voluntaria; **(ix)** presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; **(x)** no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad; **(xi)** no sufrir medidas limitativas, indebidas o restricciones ilegales; **(xii)** ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera.

La finalidad esencial de esta audiencia es la protección y resguardo de los derechos del imputado, su iniciativa le corresponde a su defensa [SAN MARTÍN]. El juez de la investigación preparatoria se constituye como un juez de garantía durante la etapa de diligencias preliminares y de investigación preparatoria al ejercer funciones de control y protección de los derechos de los imputados.

A la pregunta de cuál es el objeto de tutela en la Audiencia, es de responder que no se debe utilizar este mecanismo como única regla para cuestionar cualquier disposición fiscal emitida en el marco de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria. En el CPP existen mecanismos específicos que pueden activarse ante la violación de garantías o derechos constitucionales de los imputados frente a disposiciones fiscales determinadas. En efecto, en el CPP se puede encontrar varios casos de mecanismos específicos, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334.1, 343.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231°.3). Por ello, no es incorrecto afirmar el carácter residual de la tutela de derechos, puesto que opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado (Acuerdo Plenario n.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 CPP y en la Constitución. Si bien los actos de investigación del Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de una autoridad pública encargada de la persecución del delito –monopolio de la acción penal pública–, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad.

No obstante, los límites a la aplicación de la tutela de derechos expuestos anteriormente, uno de los problemas recurrentes es el cuestionamiento a la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, en especial en relación al resguardo del principio denominado “imputación necesaria”. El Acuerdo Plenario n.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 artículos 166 y 159.4 de la Constitución. La primera norma encarga a la Policía Nacional la investigación del delito, mientras que la segunda atribuye al Ministerio Público la conducción de la

investigación del delito “desde su inicio. Con tal sentido, la Policía Nacional está obligada cumplir sus mandatos en el ámbito de su función”.

El desarrollo de esas disposiciones está en el CPP. El artículo IV TP CPP no solo ratifica que el Ministerio Público asume desde su inicio la conducción de la investigación, sino que realiza actos de indagación propios (artículo 61.2 CPP) y, con esa finalidad, conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional (artículo 65.3 CPP). Esta norma básica de desarrollo constitucional, incorporada en el Título Preliminar del CPP, se reitera en el artículo 60 CPP.

Las reglas de orientación funcional son las siguientes:

- A.** El Ministerio Público dispone u ordena que la Policía Nacional realice las diligencias preliminares, que en sus actuaciones está bajo la conducción del Ministerio Público. A este respecto emite directivas a la Policía Nacional, y debe cursar a esta las indicaciones correspondientes para garantizar su validez: objeto de los actos de averiguación o aseguramiento, formalidades específicas para su actuación, entre otras (artículo 65.3 CPP).
- B.** La PNP está obligada a dar cuenta inmediata al fiscal del conocimiento de un delito y de las diligencias de urgencia e imprescindible realizadas. Luego de la comunicación seguirá investigando –su marco inevitable comprende las diligencias urgentes e imprescindibles, esto es, aquellas que no pueden demorar bajo riesgo de desaparición de los vestigios materiales, de huida de los presuntos implicados, de no identificación de las víctimas y testigos, entre otras–, salvo orden en contrario del Ministerio Público, y además practicará las diligencias delegadas que le encomiende el Ministerio Público (artículo 67°.1 CPP).
- C.** La Policía Nacional y sus órganos especializados deben apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria (artículo 67.2 CPP).
- D.** La Policía Nacional debe entregar al Ministerio Público todas las actas de investigación y constatación que realice (artículo 68.2 CPP).
- E.** Dispone el secreto de las actuaciones de la Policía Nacional (artículo 68.3 CPP).
- F.** El fiscal de la nación está autorizado a dictar “Instrucciones Generales” a la Policía Nacional, en orden tanto a los requisitos legales y formalidades de las actuaciones de investigación, cuanto a los mecanismos de coordinación entre los fiscales y los policías (artículo 69 CPP).

- G.** La Policía Nacional debe instituir un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación con el Ministerio Público, así como aportar su experiencia en la elaboración de los programas y acciones para la persecución del delito, sin perjuicio de desarrollar programas de protección y seguridad (artículo 332 CPP).

2. Principales funciones genéricas del Ministerio Público

Por conducción de la investigación se entiende la dirección o guía de la labor policial de investigación del delito. Por lo demás, dirigir no es estar siempre presente ni su presencia convierte el acto de investigación en acto de prueba. Le corresponde desempeñar un rol orientador sustancial, y de referir concretamente los modos legales de probar los nexos entre el delito y el presunto autor.

Por control de la investigación se concibe la supervisión, inspección y fiscalización de la actividad de investigación. A través de estas acciones el fiscal puede controlar la regularidad de las actuaciones policiales, tanto desde el ángulo de la eficacia cuanto desde la perspectiva del respeto de los derechos de los investigados.

En consecuencia, el Ministerio Público es el director de la investigación. Como tal se le atribuye la conducción de la fase policial, entendida como un poder general de dirigir, dictar directivas, formular requerimientos y fiscalizar los actos de investigación. Entre la Policía Nacional y el Ministerio Público existe una dependencia funcional circunscrita, única y exclusivamente, al ámbito de la investigación criminal. A final de cuentas el Ministerio Público actúa como una bisagra entre el ámbito policial y el judicial; juega el rol de puente para transformar la información obtenida en la investigación policial en un caso judicialmente sustentable y ganable.

3. Diligencias preliminares

3.1. Las diligencias de prevención

El CPP —específicamente el artículo 68.1— identifica las diligencias de investigación que debe realizar la Policía Nacional, bajo un sistema de *numerus clausus*, aunque bastante amplio, con una cláusula abierta: “las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados” —literal n del citado apdo.—, salvo, claro está, que su realización esté reservada al fiscal o al juez de la investigación preparatoria. Estas diligencias de

investigación se denominan “diligencias de prevención”: son las primeras actuaciones de averiguación que es del caso practicar una vez descubierto el hecho delictivo, ello con la finalidad de proteger a las víctimas, sus familiares, así como también, recabar las pruebas del mismo que se encuentran en peligro de desaparecer, y recoger y poner en custodia al presunto delincuente [GÓMEZ COLOMER].

3.2. Identificación de las diligencias policiales de investigación. Se trata de cinco grupos de diligencias:

- A. Dar protección a los perjudicados.
- B. Consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer.
- C. Recoger y poner en custodia cuanto conduzca a la comprobación del delito.
- D. Identificación del delincuente.
- E. Detener al presunto autor.

Adicionalmente, la Policía está autorizada, conforme al citado artículo 68.1 CPP, a tomar las declaraciones al imputado y a los testigos; levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video, y demás operaciones técnicas y científicas; asegurar los documentos privados; allanar locales de uso público o abiertos al público; efectuar secuestros e incautaciones en delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración.

IV. ACTOS DE INVESTIGACIÓN

1. Concepto y clases

Acto de investigación es aquella diligencia realizada por la policía o el fiscal durante la investigación preparatoria –diligencias preliminares o investigación formalizada– destinada a descubrir tanto los hechos punibles cometidos, las circunstancias de su perpetración y el daño que han podido ocasionar, como a las personas involucradas, de uno u otro modo, en su comisión, a título de autores, partícipes o víctimas. Su objetivo es acreditar o descartar los presupuestos condicionantes de la apertura del juicio oral [GIMENO].

Es de enfatizar que los actos de investigación se llevan a cabo en una etapa cuya finalidad no es la declaración de culpabilidad, sino únicamente la de formular en su caso y si es procedente una acusación. Para ello son suficientes las sospechas o la probabilidad de la comisión de un delito (indicios racionales de criminalidad

o motivos suficientes para acusar) –elementos de convicción suficientes (artículo 344.2d, *a contrario sensu*, CPP)–.

Desde la perspectiva procedimental, es de resaltar que el desenvolvimiento de la investigación preparatoria, conformada por actuaciones heterogéneas, no posee una secuencia lineal. En otras palabras, la sucesión de actos no obedece a una predeterminación legal, sino a las necesidades y los resultados que cada acto provoca y produce [ARAGONESES].

Clases

Existen varios criterios útiles de clasificación (cinco), tales como:

- A. La primera clasificación atiende a la calidad de las fuentes y medios utilizados. Se tienen los actos de reconocimiento (inspecciones), actos de interrogatorio (indagatorias al imputado y testimoniales), actos periciales y actos de incorporación de documentos.
- B. La segunda clasificación tiene como base una línea histórica, propia del proceso inquisitivo del Derecho Común, que separa: (i) la comprobación del delito (inquisición general: *constare de delicto*, la búsqueda de la *corpora delicti*); y, (ii) de la averiguación del autor (inquisición especial), en que primero se acreditaba el hecho y luego al interviniente en su comisión [PRIETO CASTRO]. Se denominaba prueba genérica (hecho objetivo) y prueba específica (individualización de los intervinientes delictivos). Aquí la clasificación se agrupa en función de la materia sobre la que la investigación recae y a cuyo servicio se utilizan varias clases de fuentes y medios [ORTELLS].

Para la comprobación del cuerpo del delito (que es la persona o cosa objeto del delito destinataria o receptora de la acción delictiva –elementos materiales y tangibles–, denominados cuerpo de delito real y cuerpo de delito personal, noción en la que ha de incluirse extensivamente, de un lado, las piezas de convicción (rastros del delito o *corpus probatorum*), que son las materialidades relativamente permanentes, tales como huellas, vestigios materiales, rastros o efectos materiales, que deja el delito en su comisión; y, de otro lado, los productos del delito, que comprende *instrumentum scaeleris*, *productum scaeleris*, ganancias del delito (identificación de tiempos más recientes) y *corpus instrumentorum*. Se han de realizar inspecciones de cosas y lugares, incautaciones y decomisos, con pleno respeto de la cadena de custodia, pericias criminalísticas y forenses, pericias médico-legales, físico-químicas, biológicas, entre otras, y diligencias de preexistencia y de tasación.

Para la averiguación del interviniente delictivo se realizan diligencias de control de identidad, reconocimiento en rueda de personas –y de cosas, atribuidas, de uno u otro modo, al autor–, de identificación fotográfica, videográfica o fonográfica, identificación caligráfica o antropométrica e identificación por ADN, diligencias relativas a la conducta y antecedentes penales del imputado (certificaciones y hojas carcelarias, antecedentes judiciales y boletín de condenas), reconocimientos médicos y/o odontográficos y dactilares, fichas de registro policial y del RENIEC. A ello se agrega, como medios de percepción propia –que es la distinción hecha por ROMAGNOSI, en que incluyó los medios de investigación por el que el fiscal, luego el juez, adquiere el conocimiento del objeto de investigación por información de otros. Se trata de actos de interrogatorio, tales como indagatoria al imputado y testimoniales, actos periciales –que incluye la interpretación o traducción al castellano de piezas en idioma extranjero– y actos de incorporación de documentos –que pueden tener un carácter mixto, como objeto de prueba (examinarlo en su exterioridad y en su materialidad para realizar actos pericias) y como medio de prueba (en su contenido inmaterial y que aportan determinadas informaciones).

De modo específico, desde esta segunda clasificación, se pueden citar indistintamente tres diligencias relevantes: inspección fiscal y judicial, careo y reconstrucción del hecho.

(1) La **inspección judicial** (que en sede investigación preparatoria la realizará el fiscal), que es la descripción de personas, cosas y lugares, cuya finalidad, aclara FLORIÁN, es determinar tanto la existencia, dispersión o alteración de las huellas y vestigios del delito con relación a las personas, las cosas y los lugares, como la fijación de las características y particularidades de las personas. La inspección de personas puede ser personal, corporal y psiquiátrica (observación y descripción del individuo, el examen científico de la psiquis, y en la observación y descripción de la cosa, realizada generalmente con ayuda de un perito. La inspección de lugares es la observación directa o la descripción realizada del fiscal junto a las demás partes del lugar en que se haya cometido el delito o una parte importante del mismo.

(2) El **careo**, que es un medio de percepción directa de los acontecimientos por parte del fiscal, en cuya virtud dos personas órganos de prueba cuyas declaraciones estén en contradicción –importa la ampliación de declaraciones enfrentadas y además, deben tratarse de contradicciones

esenciales, no menores o incidentales— narran los hechos y discuten sobre los mismos, para que aclaren los puntos contradictorios y con el fin tendencial de que de esta narración y consiguiente discusión surja la verdad intrínseca de los hechos y sus modalidades. No es, sin embargo, una diligencia obligatoria, depende de su pertinencia, utilidad y no sobreabundancia, y es accesoria pues surge con el devenir del proceso. Tiene por finalidad aclarar los dichos divergentes en este ámbito. Busca establecer los motivos o la causa de una afirmación o negación, esto es, desentrañar por qué alguien dijo tal o cual cosa. Persigue, de ser posible, la superación del descuerdo o de la duda que éste genera y el esclarecimiento de los puntos controvertidos en función de temas centrales para la causa [CHAIA]. Es de aclarar que, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal correctamente la denomina “careo” (ex artículo 182), mientras que la confrontación cuando se enfrenta a una misma persona con sus propias declaraciones no coincidentes entre sí.

El procedimiento del careo ya no consiste en una lectura de las actas que contienen las declaraciones discrepantes, sino el juez—o, en su caso, el fiscal—hará referencia a las declaraciones que han proporcionado, les preguntará si la confirman o modifican, y acto seguido se efectuará la reconvencción entre ellos en orden recíproco a sus versiones. A continuación, el fiscal y las demás partes podrán interrogar a los sometidos a careo exclusivamente sobre los puntos materia de contradicción y que determinó la procedencia de la diligencia (ex artículo 183 del CPP). Todo ello debe sentarse en el acta.

Algunos Códigos antiguos de otros países, como recuerda CREUS, regulaban el “medio careo”, en cuya virtud cuando se hallare ausente alguna de las personas que deban ser careadas, a la que está presente se le precisarán las partes de la declaración del ausente contradictorias con su declaración y, sobre estos puntos, se le invitará a que se pronuncie y dé las explicaciones correspondientes y, luego, a que se someta a interrogatorio sobre los puntos materia de contradicción. No necesariamente existe obstáculo para su realización con el Código Procesal Penal en atención al principio de libertad de prueba y a que se trataría de un medio de investigación o de prueba atípico, que muy bien podría encajar, en lo pertinente, con el careo.

(3) La **reconstrucción del hecho**, que es la reproducción artificial o teatralización del delito, de alguna fase o circunstancia de importancia del

mismo, realizada en presencia del fiscal y de las partes, por una persona elegida por él o por el mismo imputado, con el fin de darse cuenta de la verosimilitud o inverosimilitud de algunos extremos narrados por los testigos o el imputado o simplemente conjeturados. Corresponderá al fiscal y, en su día al juez, observar actuar a las personas involucradas e indagar sobre las causas del suceso a propósito de determinar qué sucedió, trabajando en función a las versiones suministradas por el imputado, la víctima y los testigos, sumado a las conclusiones de informes y peritos. También puede disponerse para comprobar hechos conexos y trascendentes, o para verificar la veracidad o exactitud de los dichos de un testigo y desentrañar si ha podido observar o percibir lo declarado, incluso para reproducir los resultados de una pericia [CHAIA]. Lo más relevante de esta diligencia, para su comprensión y análisis ulterior, es su documentación mediante fotografías o filmaciones. Es evidente que, tanto en esta diligencia como en el careo, el imputado, al tratarse propiamente de una ampliación de su declaración y ser un acto de defensa material, no puede obligársele a que intervenga, tal como lo reconoce el artículo 192.3 del CPP.

C. La tercera clasificación distingue entre medios de investigación directos e indirectos.

(1) Los actos de investigación directos, o de examen de las fuentes de investigación. Son aquellos que tienden a obtener determinadas personas o determinadas cosas (inmuebles, documentos u otros objetos) el conocimiento de hechos necesarios para el cumplimiento de las funciones del procedimiento de investigación preparatoria. Proporcionan por sí mismos las fuentes de investigación. Se trata, por ejemplo, de los siguientes: videovigilancia, inspecciones o reconocimientos, interrogatorios, careos, informes periciales, documentales e inspecciones corporales.

(2) Los actos de investigación indirectos, o de busca y adquisición de fuentes de investigación. Son aquellos que se orientan a descubrir y a obtener la presencia de personas y disponibilidad de cosas a efectos de su examen con la finalidad de conocimiento de hechos necesarios para el cumplimiento de las funciones del procedimiento de investigación preparatoria. Se trata, por ejemplo, de los siguientes: pesquisas, intervención corporal, allanamiento, exhibición forzosa, incautación, control de comunicaciones, levantamiento del secreto bancario, de la reserva tributaria y bursátil, clausura o vigilancia de locales e inmovilización.

D. La cuarta clasificación atiende, como refiere GÓMEZ COLOMER, a si por medio de los actos de investigación se puede producir o no una limitación de derechos fundamentales. Se distingue, entonces, entre los siguientes:

(1) **Los actos de investigación limitativos de derechos fundamentales.** Son aquellos que importan autorizaciones de la autoridad jurisdiccional para limitar derechos fundamentales con fines de conocimiento de los hechos. Se trata, por ejemplo, de: allanamiento, control de comunicaciones, levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y reserva bursátil, registro de documentos privados, incautación. En ellos debe cumplirse los presupuestos constitucionales y los requisitos legales para su debida obtención.

(2) **Los actos de investigación que no limitan derechos fundamentales.** Son aquellos que no restringen derechos fundamentales. Para su ejecución solo deben cumplirse los requisitos legales. Se trata, por ejemplo, de: testimonial, careo, pericia, reconocimientos, documental, inspección judicial, reconstrucción.

E. La quinta clasificación atiende a la naturaleza y complejidad del acto de investigación. Se trata de los actos ordinarios de investigación y de los actos especiales de investigación.

(1) **Los actos ordinarios de investigación.** Son actos simples, de actuación inmediata, y desde la cronología de los hechos investigados, son retrospectivos, pues apuntan a lo que el imputado realizó en el pasado –los hechos delictivos atribuidos–. Se trata, por ejemplo, de: declaración indagatoria, testimonial, careo, pericia, documental, inspecciones, reconstrucción, intervención corporal, allanamiento.

(2) **Los actos especiales de investigación.** Son actos complejos, con una ejecución que se prolonga en el tiempo. Demandan una elaborada técnica, organización, estrategia y una inversión compleja de recursos logísticas y financieras, así como un control depurado para su ejecución. Desde la cronología de los hechos investigados, son mayormente prospectivos, es decir, hacen referencia a un tiempo futuro, pero también pueden ser ambispectivos, que es una mezcla de retrospectivo y prospectivo. De un lado, se concentran en el combate de delitos graves realizados, en su mayoría, por organizaciones criminales (vid.: Ley 30777, de 20-08-2013, y sus modificatorias, Ley contra el crimen organizado). De otro lado, se realizan sin conocimiento de los afectados. La nota característica de estos

actos especiales de investigación es que afectan, con baja intensidad, los derechos fundamentales, por ello solo requieren la autorización del fiscal y, en muchos casos, la directa intervención del fiscal. La tipología de estos actos es la siguiente: circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, agente encubierto o especial, operaciones encubiertas y revelación del delito (vid.: artículos 340, 341, 341-A y 68-A del CPP).

El artículo 337.1 del CPP autoriza al fiscal a realizar las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la ley. Pertinencia es un requisito que está en relación con los hechos y circunstancias (objetivos y subjetivos) que han de ser esclarecidos, referidos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria. Dice de la relación entre el hecho o circunstancia que requiere ser esclarecida y el medio de investigación que se pretende hacer valer con esa finalidad; responde a la noción de relevancia. Utilidad o necesidad es la cualidad del medio de investigación que está en función a que permita obtener la información necesaria que con él se busque [CAFFERATA], esto es, que permita fundar un juicio de probabilidad.

Las diligencias expresamente citadas en el artículo 337.3 del CPP, que puede ordenar y/o ejecutar el Ministerio Público, son: (*i*) los actos de interrogatorio (indagatorias al imputados, que puede incluir su confesión (artículos 86 y siguientes y 160.2'c' del CPP) y testimoniales (artículo 162 y siguientes del CPP); y, (*ii*) las informaciones, que podrá exigir a cualquier particular o funcionario público. Esta última actuación se erige en una facultad amplia que permitirá al fiscal (*i*) obtener documentos (expresamente, artículo 184.2 del CPP), informes (artículo 188 del CPP) –la noción de documento incluye cintas magnetofónicas o videos, así como documentos informáticos en general, que implica su escucha, visionado o incorporación de su contenido con el levantamiento del acta respectiva (artículo 187.4 del CPP); (*ii*) requerir constataciones; (*iii*) realizar reconocimientos de personas, en forma personal o por fotografía, siempre en rueda, o de filmaciones, que también pueden concretarse en voces, sonidos y cosas (artículos 189, 190 y 191 del CPP); (*iv*) disponer careos (artículo 182 del CPP); y, (*v*) ordenar inspecciones judiciales y la reconstrucción de los hechos (artículo 192.2 y 3 del CPP). El fiscal también está autorizado a ordenar seis diligencias con afectaciones menores a los derechos fundamentales, o diligencias de baja intensidad restrictiva, que no importan autorización judicial alguna, así como a solicitar al juez nueve actos limitativos de derechos fundamentales –estos se analizarán en otro punto de esta lección–.

Las diligencias de baja intensidad restrictiva de los derechos fundamentales que el fiscal puede ordenar son las siguientes: (**1**) **Mandar**, con fines de identificación,

se tomen las huellas de un retenido y fotografías, aun cuando su voluntad (artículo 205.5 del CPP). **(2) Decretar**, en las investigaciones por delitos violentos o realizados por organizaciones criminales, la toma de fotografías o imágenes a través de drones y utilizar otros medios técnicos especiales para observación o investigación del lugar de residencia del investigado (artículo 207.1 del CPP). **(3) Acordar**, en todos los delitos, inspecciones o pesquisas en lugares abiertos, de cosas o personas, y levantar planos de señales, descriptivos y fotografías (incluso filmaciones) y realizar toda operación técnica, así como practicar retenciones de personas con fines de pesquisa y registros (cacheo personal, y registro de vestimentas, maletines, carteras o bolsos, así como equipajes o bultos que portare el sospechoso y el vehículo utilizado (artículos 208.1 y 209.1 del CPP). **(4) Disponer** contra sospechosos la realización de un examen corporal (sanguíneos, ADN, exploraciones radiológicas con la intervención de un profesional sanitario), siempre que los delitos investigados estén sancionados con pena privativa de libertad mayor de cuatro años, en supuestos de urgencia o peligro por la demora, con la posterior ratificación judicial, así como mínimas intervenciones para observación: pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello –en caso de terceros también es posible que el fiscal lo disponga, salvo oposición en casos de menores o incapaces (artículos 211 y 212 del CPP). **(5) Ordenar y ejecutar**, por razones de urgencia o peligro por la demora, la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de los bienes muebles, pero antes de las veinticuatro horas deberá pedir la confirmación judicial (artículo 241 del CPP). **(6) Asegurar** documentos privados en el curso de inspecciones o allanamientos, incluso documentos contables y administrativos de personas naturales o jurídicas (artículos 232 y 234 del CPP).

Ahora bien, las diligencias más características de la investigación preparatoria, y de las que propiamente surge la recogida de los vestigios o datos informativos imprescindibles, son solamente cinco: el reconocimiento en rueda, los seguimientos, la observación de telecomunicaciones, el allanamiento y registro de lugares cerrados, y, por último, los registros, inspecciones e intervenciones corporales [NIEVA].

- A.** El reconocimiento en rueda busca encausar la investigación y consiste en la exposición del implicado junto con un número variable de otras personas con características físicas similares, a fin de que la víctima o testigo lo señalen. Véase artículos 189 y ss.
- B.** Los seguimientos consisten en una labor de vigilancia de lugares y personas, normalmente a cargo de la policía, con el objeto de que los movimientos y hábitos que se observen durante el seguimiento puedan

contribuir al descubrimiento de delitos. Por lo general van acompañados de tomas fotográficas o de registros de imágenes, así como de otros medios técnicos de investigación. El seguimiento puede realizarse en lugares públicos –siempre con autorización del fiscal–, pues allí siempre discurre la intimidad, por lo que, si no media previa autorización del fiscal no tiene valor probatorio, de prueba testifical reforzada por las fotos o grabación; y, en lugares privados, para lo que es necesario la autorización judicial, pues de no contarse con ella carecen de valor probatorio o cuando esta no respeta el principio de proporcionalidad. La doctrina tiene establecido, en cuanto a la constitucionalidad de los seguimientos, que serán 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 artículo 207 CPP.

- C. La intervención de comunicaciones consiste en obtener datos referidos a un sospechoso y un concreto delito partiendo del contenido de su correspondencia, bien sea esta postal, telegráfica, telefónica, telemática o electrónica –en las primeras se procederá a la detención y apertura para tomar conocimiento de ella de la correspondencia postal y telegráfica, y en la última se intervendrá y observarán las comunicaciones telefónicas o telemáticas–. La ley exige una serie de garantías para proceder por cualesquiera medios técnicos a la grabación de conversaciones telefónicas o telemáticas, o bien a la interceptación de los datos de esa comunicación, o bien de correos electrónicos o mensajes que puedan ser enviados por esas vías o por cualesquiera medios que surjan en el futuro, o incluso para la interceptación de la correspondencia tradicional. Se requiere para su legitimidad constitucional: **(i)** autorización judicial fundada y con pleno respeto de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, **(ii)** existencia de un delito de determinada entidad y concreta utilidad de la diligencia, **(iii)** imprescindibilidad de la misma, **(iv)** concreción de las personas cuyas comunicaciones serán intervenidas, **(v)** confidencialidad o destrucción de cualesquiera datos de la vida privada no relacionados con el delito, y **(vi)** garantía de integridad y no manipulación de las fuentes y de los soportes de las grabaciones y/o copias de las comunicaciones. Véase artículos 230 y ss.

- D.** El allanamiento consiste en el acceso a un lugar cerrado –que incluye la noción, de antigua data, de “domicilio”–, el cual va acompañado de un examen o registro del mismo a fin de localizar al imputado huido o posibles objetos o restos delictivos. Se requerirá autorización judicial, a menos que se esté en flagrancia delictiva o peligro eminente de su perpetración o cuando medie consentimiento del titular de la posesión del lugar. La diligencia se realiza en presencia del imputado o, si no está presente, en quien tenga la disponibilidad actual del lugar, ello con fines de colaboración de aquel y para evitar abusos en el registro –garantía de su correcta ejecución–, aunque lo mejor será su escrupulosa filmación. Véase artículos 214 y siguientes.
- E.** Los registros corporales consisten en observaciones de diferente intensidad del físico en sus aspectos más externos, o de las ropas o portaobjetos (carteras, bolsos, mochilas, maletas) de una persona, con el objeto de recoger bienes delictivos, sin que dicha recogida pueda ser, en ningún caso, invasiva de cavidad alguna, o ser realizada con técnicas que ponen en peligro, aunque sea levemente, la integridad física. Las pesquisas importan dos tipos de diligencias: **1.** Las que suponen un registro externo, superficial, del individuo, palpando su cuerpo o registrando sus ropas, bolsos, mochilas o maletas, en busca de objetos que pueden configurar el cuerpo del delito. **2.** La recogida de vestigios biológicos de acceso inmediato y de consumo de tóxicos, que no suponen la vulneración de la integridad física.
- F.** Las intervenciones o inspecciones corporales son observaciones de aspectos internos del físico del sospechoso; y, como tal, afectan con más gravedad la intimidad de la persona –exigen que se trate de un delito grave y con ello que se respete el principio de proporcionalidad–. Se requiere la existencia de una sospecha fundamentada y concurrencia de urgencia –por inminente desaparición del vestigio o por peligro inminente para la salud del sospechoso– o de libre prestación del consentimiento por parte del sospechoso. En los casos más intensos de afectación se requiere orden judicial –el artículo 211 CPP exige, siempre, autorización del juez de la investigación preparatoria–. Entre las diligencias que la constituyen se tienen los análisis radiológicos, las inspecciones de cavidades corporales, la toma de muestra biológicas de acceso mediato –análisis de sangre, punción lumbar y otras–, la necropsia –que en este caso no se trata de la afectación de derecho fundamental alguno–, por lo que en caso de sospecha de muerte delictiva se puede instar su realización (artículo 196 CPP). Véase los artículos 211 y ss.

2. Actos de investigación comunes

Salvo los casos de prueba anticipada, el fiscal puede disponer la práctica de los siguientes actos de investigación comunes.

- A. **Declaración del imputado.** Se realiza con la intervención necesaria de un abogado defensor. Su práctica puede ser de oficio o instada por el imputado. El fiscal y el defensor tienen derecho a formular preguntas que no sean impertinentes, capciosas o sugestivas.
- B. **Diligencia de reconocimiento.** Durante la declaración del imputado, el fiscal podrá solicitarle que reconozca documentos, personas, voces o cosas.
- C. **Pericia.** El fiscal nombrará un perito cuando se requiere conocimiento especializado.
- D. **Careo.** Cuando surjan contradicciones importantes entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o agraviado.
- E. **Requerimiento de documentos e informes.** Lo hará directamente al tenedor del documento, requiriéndole su presentación, exhibición voluntaria y, en caso de negativa, el fiscal solicitará al juez la orden de incautación correspondiente. También podrá requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados.
- F. **Inspección judicial y reconstrucción.** Lo hará cuando deba comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas. La reconstrucción tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer.
- G. **Videovigilancia.** El fiscal por propia iniciativa, o a requerimiento de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar la toma fotográfica y registro de imágenes, o la utilización de medios técnicos especiales con la finalidad de investigar el lugar de residencia del investigado. Se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos se realicen en el interior del inmueble o en lugares cerrados.
- H. **Pesquisas.** El fiscal podrá disponer la inspección en lugares abiertos, cosas o personas, cuando existan razones fundadas para considerar que se encontrarán rastros del delito, o considere que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga.
- I. **Registro de personas.** Tal diligencia puede ser dispuesta cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito.

- J.** **Intervención corporal.** El Ministerio Público, o la Policía Nacional, con conocimiento del fiscal, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para su salud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere arriesgada; en caso contrario, requerirá la orden judicial.
- K.** **Diligencias limitativas por razones de urgencia o de peligro por la demora.** Así, **a)** podrá ordenar la realización del examen corporal del imputado con el fin de establecer hechos significativos, siempre que no pueda aguardar la orden judicial (artículo 211.3 CPP); y **b)** podrá disponer la exhibición o la incautación de un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él. En ambos casos, luego de su ejecución, requerirá del juez de la investigación preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

3. Actos de investigación limitativos de derechos

El fiscal está autorizado para ejecutar actos de investigación limitativos de derechos fundamentales. Para ello, empero, requiere la previa autorización jurisdiccional.

Se trata de los siguientes:

- A.** **Examen corporal del imputado.** Puede consistir en pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones, así como exploraciones radiológicas.
- B.** **Allanamiento.** Se requieren motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación.
- C.** **Incautación o exhibición forzosa de un bien que constituye el cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él.** Así, cuando su propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido se negare a entregarlo o exhibirlo al fiscal.
- D.** **Interceptación e incautación postal.** Las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o empresas postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él, pueden ser objeto, a instancia del fiscal, de interceptación, de incautación y ulterior apertura.
- E.** **Intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.** Cuando existan suficientes elementos de

convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años y la intervención sea absolutamente necesaria.

- F. Levantamiento del secreto bancario.** El juez, a instancia del fiscal, podrá ordenar, reservadamente y sin trámite previo, el levantamiento del secreto bancario, cuando sea necesario y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.

V. BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

1. Conceptos generales

¶ 1. Dentro de los actos de aportación de hecho se tienen en primer lugar las diligencias o actos de investigación. Estas se realizan en las investigaciones preparatorias para descubrir los hechos punibles que se ha producido y sus circunstancias, y a la persona o personas que los hayan podido cometer, de manera que una vez investigado todo ello quede preparado para el juicio oral o, en su caso, tenga que terminar el proceso penal por sobreseimiento.

También se ha mencionado que los actos de investigación son prácticamente coincidentes con los actos de prueba, pese a su radical distinción en función a la finalidad diversa que cumplen, a su diferente régimen jurídico y a su modo de actuación.

El proceso de conocimiento y aseguramiento de las fuentes de investigación que comporta toda actividad de investigación, y permite clasificarlos de diferentes maneras. Es posible sostener, en primer lugar, que se dividen en: **a)** actos que se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación: allanamiento, control de comunicaciones; y, **b)** actos que proporcionan por sí mismas las fuentes de investigación: inspección judicial, testificales, documentos, informe pericial, careos, injerencias corporales.

Otro criterio de clasificación, en segundo lugar, atiende a si por medio de ellos se puede producir o no una limitación de derechos fundamentales, de modo que: **a)** existen actos de investigación que comportan limitación de los derechos fundamentales relativos (por ejemplo, allanamiento, que el derecho a la libertad del domicilio, debiendo distinguirse entonces en actos realizados con vulneración de los requisitos constitucionales o con vulneración de los requisitos solo legales son injerencias en la esfera individual para asegurar el proceso de conocimiento); y, **b)** otros actos de investigación que no afectan a los derechos fundamentales

(la declaración de un testigo, por ejemplo), por lo que solo debe estarse al cumplimiento de los requisitos legales [GÓMEZ COLOMER].

¶ 2. La afectación de derechos fundamentales con motivos del esclarecimiento de los hechos punibles se justifica en aras de una mayor eficacia en la persecución de los delitos. Es así que el CPP regula en ciertos casos y bajo ciertas condiciones la utilización de unos medios o unas técnicas de investigación penal por medio de los cuales el poder público realiza una intromisión legítima en la esfera de algunos derechos fundamentales. Como no se trata de derechos absolutos –todos los derechos fundamentales a excepción del derecho a la vida son limitables en el proceso penal–, cabe que su protección resulte exceptuada al enfrentarse al interés público por la persecución de los delitos.

A diferencia de otros medios de investigación –testificales o periciales–, estos medios que representan un menoscabo de los derechos fundamentales requieren por lo general de la intervención judicial y de la formalización de la investigación preparatoria, precisamente porque la intervención de un juez garantiza el cumplimiento de los requisitos y de los límites de la injerencia, en uso de sus propios cometidos constitucionales. En todo caso, y esto es fundamental, se trata de medios de investigación que, por su propia naturaleza, deben realizarse solamente durante la investigación preparatoria, careciendo de sentido su práctica en el momento del juicio oral. Sirven para determinar las circunstancias en que se produjeron los hechos, pero no se puede realizar en el momento del juicio, en que podrán ya estar incorporados a las actuaciones; pero, por eso mismo, deben residenciarse en el Poder Judicial en lo que respecta a su autorización y mecanismos de garantía. El artículo 202 del CPP exige requerimiento del fiscal –principio de rogación– y resolución motivada del juez de la investigación preparatoria, cuya autorización requiera que existan razones para considerar que con ellos puedan comprobarse o descubrirse hechos o circunscribirse importantes para la investigación: fines de esclarecimiento del proceso y existencia de suficientes elementos de convicción (artículo 202 y 203.1 CPP).

¶ 3. Las fuentes de investigación adquiridas para la investigación preparatoria son potenciales fuentes de prueba para el juicio oral, de tal manera que el mismo elemento, dato o información puede pasar por las dos etapas del proceso penal, con un sentido diferente: primero como fuente de investigación y luego como fuente de prueba.

La prueba preconstituida es precisamente la fuente de prueba que tiene como finalidad dejar constancia de la existencia de un hecho, acto, negocio o

relación jurídica, y del modo en que existió, para su utilización futura. En los casos en que se prevé la *falta de disponibilidad* de la fuente de prueba para el momento del juicio oral, la ley fija requisitos específicos de preconstitución probatoria, vinculados a su obtención o adquisición y a su conservación e incorporación al juicio oral, sea que se tratara de causas previsionales o por la propia naturaleza de la prueba, o que se tratara de causas imprevisibles o de un descubrimiento casual o inesperado.

Existen, sin embargo, tres garantías básicas que deben cumplirse para su utilización en el juicio oral.

- A. Garantías en la obtención de la fuente de prueba.** La primera de las garantías es la intervención judicial, que las actuaciones puedan someterse al control judicial y con contradicción. Es evidente que, de acuerdo a la naturaleza de la prueba, la intervención judicial y la contradicción solo pueden tener lugar a posteriori, pero inmediatamente que lo conozca el juez debe intervenir y el imputado tener la oportunidad de contradecir las fuentes de prueba recogidas. En segundo lugar, es preciso cumplir las formalidades legalmente exigidas para cada acto de investigación, y de este modo permitir la disponibilidad directa de la fuente en el juicio oral; se debe utilizar el soporte más fidedigno en la obtención de la prueba y en su conservación.
- B. Garantías en la conservación.** La cadena de custodia. La ley ordena que se aseguren y conserven las pruebas materiales (cuerpo del delito, instrumentos, efectos y piezas de convicción, así como lo que se obtenga de una diligencia de registro o de una intervención de comunicaciones), con la finalidad de que el objeto, sustancia, huella, vestigio, etc., permanezca disponible e inalterado en su estado original a fin de que sea llevado así al juicio oral. La fuente de prueba no siempre quedará bajo custodia judicial inmediata o mediata, y será frecuente que pase de unas manos a otras (para realizar pericias, por cambio en el lugar o circunstancias de conservación, o por otros motivos). En tal virtud, debe garantizar la corrección de la llamada “cadena de custodia”, cuyo objeto –como luego se ampliará– es establecer que la fuente de prueba no ha sido contaminada en ningún momento, en previsión de los análisis que puedan ser decretados y del examen y discusión sobre ella (alteración, error en la identificación de los objetos). La cadena de custodia implica descripción del objeto, estado original, lugar de hallazgo, identificación de quienes lo han tenido en su

poder, operaciones realizadas con él, etc. Igualmente, habrá de determinar lugares en que ha estado depositado o custodiado, y la persona o institución bajo cuya responsabilidad se ha encontrado, etc.

- C. Garantías en la aportación de juicio.** Cuando se trate de incorporar una fuente de prueba instructora deberá respetarse la inmediatez 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 inmediatez 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 consigne en un documento. **2)** la apreciación directa por el juez cuando se trata de cosas u objetos (cuerpo del delito, instrumentos o efectos del mismo y piezas de convicción). **3)** el visionado o audición del soporte donde haya quedado constancia de la fuente de prueba en la instrucción. A ese acto sigue la posibilidad de debate procesal y de la contradicción: se debatirá y contradecirá su contenido, aunque sea su adquisición y conservación.

2. Presupuestos generales para la adopción de las medidas de búsqueda de pruebas

¶ 1. Por intermedio de la constitución y, más específicamente, de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, la adopción de la medida concreta para asegurar el proceso de conocimiento se somete a determinados presupuestos.

- A. Intervención indiciaria.** Se exige “suficientes elementos de convicción”. Estos deben ser precisados por el fiscal en su requerimiento motivado. La cantidad de indicios delictivos está en función al momento en que se solicite la medida, a las características limitativas y entidad lesiva de la medida a solicitarse, y a la gravedad del hecho que necesita esclarecerse. El hecho objeto de investigación debe ser concretado y construir el ámbito de la investigación que se está realizando; eso es lo que se denomina “existencia de una imputación concreta”.
- B. Principio de proporcionalidad.** Se requiere el cumplimiento de determinados presupuestos: **a)** la previsión normativa –legalidad material y formal–; **b)** la jurisdicción y necesidad cualificada de motivación; y, **c)** sujeción al principio de proporcionalidad *stricto sensu*.

Con arreglo al principio de legalidad formal y material, la medida ha de estar prevista legalmente en la constitución o en la Ley procesal, en tanto la propia Constitución explícita o implícitamente lo permita.

En cuanto a la jurisdiccionalidad –que en algunos casos puede ser matizada en beneficio de la Policía y la Fiscalía–, la medida debe ser adoptada por el JIP y en el seno de un proceso (diligencias preliminares como mínimo). Se comprende la motivación, con un grado de especial intensidad, que expresamente recoge el análisis de los presupuestos anteriormente señalados.

Finalmente, la exigencia de proporcionalidad abarca un triple aspecto: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. La idoneidad hace referencia objetiva y subjetivamente, a la causalidad de las medidas en realización con sus fines, tanto cualitativa –objetivo– cuanto cuantitativamente –duración–. La necesidad compara la medida solicitada con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva que asegure su objeto. La proporcionalidad estricta conlleva la ponderación de intereses según la circunstancia del caso concreto, determinando que el sacrificio que comporta la medida solicitada guarda una relación proporcional con la envergadura del interés estatal que se trata de salvaguardar –interés en la persecución penal: delito grave o delito con trascendencia social–.

§ 2. El cumplimiento de los presupuestos indicados exige un control judicial no solo en su autorización, sino también, de una u otra forma, en su desarrollo y cese. Control que, dado el desconocimiento por parte del afectado, ha de ser sumamente riguroso. Integran el control, la posibilidad de impugnación y el reexamen de la medida.

Al margen de las garantías que se derivan del derecho a la presunción de inocencia (oralidad, contradicción, inmediatez 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, artículo 2.9 Const.; *vid.*: artículos 214-217 CPP. La entrada es un acto indirecto de preconstitución de prueba, porque, en sí misma considerada, no tiene por objeto la determinación del hecho o la participación de su autor, sino que en un medio necesario para la práctica de una detención o la realización de un registro con el objeto de recoger el cuerpo del delito. Su objeto material es un lugar cerrado en el que se ejercita o puede resultar afectado el derecho a la intimidad a la vida familiar o a la privacidad del ciudadano. A continuación, sigue la diligencia de registro, que es un acto de recogida y aseguramiento del cuerpo del delito.
- B. **Aseguramiento e incautación de documentos privados, documentos contables y administrativos.** Limita el derecho al secreto y a la inviolabilidad de documentos privados, artículo 2.10 Const.; *vid.*: artículos 232-234 CPP. Es la actividad de recogida –mediante la incautación– y custodia –o conservación– del cuerpo del delito en sentido estricto (en este caso, de documentos privados, documentos privados, documentos contables y administrativos objeto del delito, contra el cual iba dirigido el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos) y de las piezas de convicción o elementos de naturaleza documental que contribuyan a la prueba del hecho punible y la participación de su autor –las piezas de ejecución están en función al decomiso y se trata de la incautación cautelar–. Su finalidad es asegurar el futuro juicio.
- C. **Control de comunicaciones.** Limita el derecho al secreto de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos artículo 2.10 Const.; *vid.*: artículos 226-229 CPP: interceptación e incautación postal; artículos 230-231 CPP: intervención de comunicaciones. Permite que la autoridad pública proceda a la detención de un soporte que concreta una correspondencia o registre las llamadas telefónicas y/o grabe las mismas para poder preconstituir la prueba del delito y la participación de su autor.
- D. **Examen corporal.** Limita el derecho a la intimidad corporal, artículo 2.7 Const.; *vid.*: artículos 211.2 y 3 CPP. Es una diligencia de reconocimiento del cuerpo humano que afectan partes íntimas e implican una inspección corporal; participa de la naturaleza del reconocimiento judicial. Es un acto aseguratorio de la prueba. Se desarrolla sobre el ámbito externo de la

persona o, incluso, en sus aberturas o espacios íntimos naturales, siempre que para ello no se requiera intervención quirúrgica alguna.

- E. Intervención corporal.** Limitada a la integridad física, artículos 2.1 Const.; *vid.*: 211-213 CPP. Es un acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extrae de él determinados elementos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del imputado. Se dividen en leves o banales –prueba 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, artículo 2.5 Const. *vid.*: artículos 235-236 CPP.
- G. Exhibición e incautación de bienes.** Limita el derecho de propiedad, artículo 2.16 Const.; *vid.*: artículos 218-223 CPP. Es la actividad de recogida – mediante la incautación– y custodia –o conservación– del cuerpo del delito en sentido estricto (en este caso, de bienes objeto del delito, contra el cual iba dirigido el hecho punible o que sufrido directamente sus efectos) y de las piezas de convicción o elementos materiales, no documentales, que contribuyan a la prueba del hecho punible y la participación de su autor –las piezas de ejecución están en función al decomiso y se trata de la incautación cautelar–. Su finalidad es asegurar el futuro juicio.
- H. Videovigilancia al interior de inmuebles o lugares cerrados.** Limita el derecho a la intimidad, artículo 2.6 Const.; *vid.*: artículo 207.3 CPP. Constituyen actos de prueba preconstituida, mediante los cuales se filman –que importan utilización de sistemas de reproducción mecánica de la imagen y sonido– determinadas escenas reputadas delictivas. Afectan el derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Por otro lado, se reconoce que la prueba preconstituida es una prueba documental, que puede practicar el JIP y, a prevención, el fiscal y la Policía sobre hechos irrepetibles o indisponibles, y como tal tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba. La competencia originaria para disponer de tales medios de prueba corresponde al JIP, pero por razones de urgencia que impidan la intervención judicial puede intervenir el fiscal o la Policía. En otras ocasiones, pero, por incidir en derechos fundamentales, con el necesario control judicial pueden también ser efectuados por la policía. En consecuencia, atendiendo a la autoridad que la práctica, la prueba preconstituida puede sistematizarse del siguiente modo:

A. Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención

- Método alcoholimétrico o prueba de alcoholemia: artículo 213 CPP.
- Registro de personas: artículo 210 CPP.
- Control de identidad y control policial público: artículos 205-206 CPP.
- Aseguramiento de documentos privados: artículo 232 CPP.
- Recogida y conservación del cuerpo del delito y piezas de convicción: artículo 68.1d CPP.
- Allanamiento en flagrante delito para detención e incautación: artículo 214, *a contrario sensu*, CPP.

B. Prueba preconstituida de la policía con dación en cuenta al fiscal

- Pesquisas en lugares abiertos, cosas o personas y operaciones técnicas: artículo 208 CPP
- Retenciones para practicar pesquisas (4 horas): artículo 209 CPP.
- Exhibición e incautación de bienes delictivos en flagrante delito: artículo 218.2, primera frase, CPP.
- Mínimas intervenciones corporales –no causen perjuicio a la salud, no sean riesgosas–: artículo 211.5 CPP.

C. Prueba preconstituida de la policía con orden del fiscal

- Videovigilancia: artículo 207 CPP.
- Registro de personas: artículo 210 CPP.
- Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos: artículo 234 CPP.

D. Prueba preconstituida del fiscal por ejecución directa

- Mínimas intervenciones personales: artículo 211.5 CPP.
- Incautación de documentos no privados: artículo 224 CPP.
- Aseguramiento de documentos privados: artículo 234 CPP.
- Reconocimiento de personas, si está presente el defensor del imputado: artículo 189 CPP.

- Reconocimiento de voces, sonidos y cosas, siempre que esté presente el defensor del imputado: artículos 190-191.
- Registro de personas y retención tras allanamiento por orden judicial: artículo 217.2 CPP.

E. Prueba preconstituida del fiscal con resolución confirmatoria judicial

- Incautación forzosa de bienes por peligro por la demora: artículo 218.2 CPP.
- Examen corporal de una mujer de urgencia que compromete el pudor: artículo 211.3 CPP.

F. Prueba preconstituida del fiscal con orden judicial

- Examen corporal: artículo 211.1 CPP.
- Allanamiento domiciliario fuera de flagrancia: artículo 214.1 CPP.
- Detención y registro de personas tras allanamiento: artículo 217 CPP.
- Incautación o exhibición forzosa de bienes delictivos: artículo 218.1 CPP.
- Interceptación, incautación y ulterior apertura de envíos postales: artículo 226 CPP.
- Intervención y grabación de comunicaciones: artículo 230 CPP.
- Incautación de documentos privados y documentos contables y administrativos: artículos 233-234 CPP.
- Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria: artículos 235-236 CPP.
- Clausura o vigilancia temporal de locales: artículo 237.1 CPP.
- Inmovilización de cosas muebles de grandes dimensiones: artículo 237.2 CPP.

G. Prueba preconstituida del juez de la investigación preparatoria

- Reconocimiento de personas, de voces y sonidos, y de cosas, ante la ausencia de abogado del imputado: artículos 189.3, 190-191 CPP.

4. Procedimiento de habilitación de medidas

El trámite general de las medidas limitativas de derechos con fines de investigación se encuentra en los artículos 203-204 CPP.

- A. **Requerimiento motivado y sustentado del Ministerio Público.** Solicitud escrita del fiscal, acompañada de los elementos de convicción correspondientes.
- B. **Decisión judicial.** El juez de investigación preparatoria decide inmediatamente sin trámite alguno. Si no existe riesgo fundado de pérdida de la finalidad de la medida, el juez de la investigación preparatoria correrá traslado del pedido a los sujetos procesales, en especial al afectado. Facultativamente, el JIP podrá disponer mediante resolución inimpugnable una audiencia con intervención del fiscal y los demás sujetos procesales, que se realizará con quienes concurren a la misma.
- C. **Confirmación judicial.** En caso de urgencia o peligro por la demora (imposibilidad de recabar previamente la orden judicial), y siempre que no se requiera obligatoriamente una decisión judicial previa, el fiscal realizará la limitación del derecho fundamental e inmediatamente pedirá la conformación judicial. El JIP decidirá previo traslado y audiencia, si así lo estima conveniente, confirmando o desaprobando la medida. Son dos supuestos autorizados (vid.: apdo. 5 de la sección segunda del título anterior).
- D. **Audiencia Judicial.** Está sujeta al artículo 8 CPP. El fiscal deberá exhibir el expediente fiscal formado al efecto. Instalada la audiencia, el JIP escuchará por su orden al fiscal, a los defensores de las partes; si asiste el imputado, intervendrá al último. La decisión del juez de la investigación preparatoria se dictará inmediatamente o en el plazo de dos días luego de celebrada la vista. Podrá retener por 24 horas el expediente fiscal para resolver la medida requerida. Se requiere auto fundamentado para su retención.
- E. **Recursos.** Contra el auto que acuerda la medida, el imputado podrá apelar dentro del tercer día de ejecutada la medida. La Sala Penal Superior absuelve el grado, previa audiencia, con intervención de los sujetos procesales legitimados. Si la Sala Penal lo cita en primera instancia, solo cabe de reposición.
- F. **Reexamen de la medida.** A solicitud del afectado: “si nuevas circunstancias establecen la necesidad de un cambio de la misma”. Por ejemplo, en la interceptación de incautación de documentos postales y de comunicaciones, vid.: artículos 228 y 231.3 CPP.

5. El control de identidad y la videovigilancia

5.1. Aspectos generales

El Subcapítulo I del Capítulo II del Título III del Libro II “Actividad Procesal” tiene una definida influencia alemana y, además, en la legislación española sobre seguridad ciudadana, que instauraron en el Código medidas típicamente preventivas, bajo responsabilidad policial, en tanto en cuanto persiguen prevenir la actividad criminal y agenciarse de fuentes de prueba en caso se produzcan delitos. Es evidente una restricción, de baja intensidad, en los derechos a la libertad de tránsito y a la propiedad; en todo caso, al libre desarrollo de la personalidad. Entender que los derechos fundamentales antes indicados se afectan en un nivel mínimo, tolerable, importa, a su vez, no exigir la previa autorización judicial para su realización y utilización de sus resultados en un proceso penal.

El indicado Capítulo II “El control de identidad y videovigilancia” contempla dos instituciones: el control de identidad policial y el control policial público en delitos graves. El artículo 205 CPP fue modificado por el Decreto Legislativo 1574, de 5-10-2023, mientras el artículo 206 fue modificado por el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023. Ha de entenderse que un control es un procedimiento u operación, realizado por la policía, para evitar, detectar o contrarrestar riesgos a la seguridad ciudadana. Le permite, a través de las respectivas autorizaciones legales, garantizar una acción eficaz contra conductas delictivas de amplio espectro.

5.2. Control de identidad policial

El control de identidad policial es propiamente una medida preventiva del delito (preventiva) a cargo de la Policía Nacional con fines de protección de la seguridad ciudadana. Ésta ha de entenderse como la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos, que engloba un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido, que por lo demás es un deber del Estado. A la Policía Nacional le corresponde la misión de prevenir, investigar y combatir la delincuencia (artículo 166 de la Constitución) y en el marco de esta atribución los artículos 205 y 206 del CPP fijan dos tipos de potestades: control de identidad policial y controles policiales públicos o puestos de control en lugares públicos (calles y plazas), inspiradas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de España

–hoy reemplazada por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo– y en el artículo 111 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, modificada por la Ley de 14 de abril de 1978.

El control de identidad policial tiene como presupuestos habilitantes, en los marcos de respeto de los principios de legalidad, de igualdad de trato y no discriminación, de proporcionalidad y de responsabilidad, los siguientes: (i) necesidad de prevenir la comisión de un delito o (ii) la existencia de indicios de comisión delictiva, es decir, de sospechas objetivas fundadas en la experiencia criminalística de que el intervenido, por la forma, tiempo y circunstancias del hecho ocurrido, del lugar donde se encuentre o de su actitud ante la presencia policial puede estar involucrado en la comisión del delito, es decir, de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso. Como las sospechas no determinan la razonable intervención delictiva del intervenido, solo es posible, para obtener alguna información útil, que se le exija su identificación, mostrando el Documento Nacional de Identidad u otro documento en el caso de ser extranjero. Si el intervenido no tiene consigo documento alguno al respecto, y ni siquiera es posible, en este acto, identificarlo por vías telefónicas o por otras vías que brinda la tecnología de la información, será retenido y conducido a la dependencia policial más cercana con fines exclusivos de identificación. En la dependencia policial, desde luego, no será inscrito como detenido ni ingresado en una celda, así como tampoco deberá tener contacto con detenidos. La Policía solo tiene un plazo de cuatro horas –la nueva ley española fija el plazo en seis horas– para cumplir con su indagación de identificación, a cuyo vencimiento estará obligada a permitir su retiro de la estación policial. Como no hay imputación delictiva, no se ingresa al ciudadano en una celda y el tiempo de afectación es el estrictamente necesario para la identificación, con un máximo de cuatro horas, siendo una restricción de la libertad personal, no es una de mayor intensidad que autorice la calificación de detención y, por tanto, requiera de flagrancia delictiva. Esta diferencia entre retención y detención ha sido realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las garantías que tiene el ciudadano afectado son, **primero**, que tiene derecho a exigir al Policía le proporcione su identidad y la dependencia a la que está asignado; **segundo**, que la constatación de identidad se haga con rapidez y en el lugar de la intervención; **tercero**, que al estar en orden la documentación que presentó, sin otro tipo de exigencia debe autorizarse su alejamiento del lugar; **cuarto**, que la Policía debe realizar *in situ* las indagaciones mediante mecanismos telefónicos o telemáticos (vgr.: Registro del RENIEC, Registro de Identificación Policial, Registro

de Extranjería y Registro de INTERPOL) –estas operaciones policiales, por razones de proporcionalidad, no puede llevarse a cabo sin la posibilidad de contar con los medios tecnológicos que faciliten la seguridad y rapidez de la identificación del intervenido–; y, quinto, que solo en el caso de que en tal acto no sea posible la identificación el intervenido será conducido, en calidad de retenido, a la Unidad Policial más próxima para que se cumpla el cometido de identificación, que no podrá demorar, desde el momento de la intervención, más de cuatro horas. Es de enfatizar que el tiempo de retención no es un asunto relacionado con la gravedad de los hechos que determinaron la operación policial, sino con las exigencias de la obtención de la información necesaria, de sus dificultades y ulteriores constataciones.

La reforma legal del artículo 205 del CPP, a través del Decreto Legislativo 1574, de 5-10-2023, fijó un criterio distinto, adicional, no previsto en la norma originaria, respecto del plazo máximo de retención, de cuatro a doce horas tratándose de extranjeros, así como el análisis de si el retenido registra algún tipo de antecedente, requisitorias vigentes o pedidos de detención o solicitudes de extradición. Ya no solo la retención sirve para identificar a la persona, sino también para determinar si tiene requisitorias u órdenes de captura nacional o extranjera, antecedentes o requerimientos de extradición, para ponerlo a disposición de la autoridad judicial o de la Superintendencia Nacional de Migraciones. La segunda alternativa persigue una finalidad distinta de la estricta identificación y puede desnaturalizar el origen y justificación misma del control de identidad policial. La primera reforma no tiene una justificación sólida desde que hoy en día con los avances de la tecnología de la información y del conocimiento la obtención de datos del retenido no demora mucho, menos un plazo tan extenso, que no podría resultar proporcional, salvo justificadas excepciones.

Si, finalmente, puede vincularse al intervenido con un hecho delictuoso podrá tomársele fotografías, sin perjuicio de obtener sus huellas digitales y efectuar mediciones y medidas semejantes. Si el imputado no lo permite, podrá realizarse esta diligencia adicional con la autorización del Ministerio Público. En este caso se requiere levantar un acta específica. Es claro que el apartado 5 del examinado artículo 205 CPP se sitúa en otro nivel progresivo, desde que se descubrió cargos contra el retenido, sea por su condición de requisitoria como porque puede vincularse con un hecho delictivo anterior al control de identidad –de ahí que ya lo denomina “imputado”–.

La Policía está obligada a tener un Libro-Registro de esta medida. En él deberá constar las diligencias de identificación realizadas en los intervenidos, así como los motivos y duración de las mismas. Este registro es, además, una

garantía adicional para el ciudadano y para el control que el Ministerio Público o, incluso, la Defensoría del Pueblo deberá realizar para constatar el respeto de sus derechos.

5.3. Control policial público en delitos graves

Una operación policial más específica y de mayor intensidad es el control público en delitos graves, regulada por el artículo 206 del CPP. Se trata de establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos –cercos policiales que limitan la libertad de tránsito– cuando se trata de descubrir y ubicar a los que han intervenido en la comisión de un hecho punible grave –delito que causa grave alarma social–. Su finalidad es ubicar a agentes delictivos e incautar instrumentos, productos, efectos y objetos materiales del delito; y, por tanto, para su imposición se respetará el principio de necesidad o indispensabilidad –juicio, integrante del principio de proporcionalidad, que determina que no existe otra medida menos gravosa, con igual eficacia, para garantizar la ubicación de agentes delictivos o bienes delictivos (piezas de convicción, cuerpo del delito, instrumentos del delito, objeto del delito y productos del delito). Su objeto estriba en identificar a las personas que transiten por el lugar o se encuentren allí, así como registrar vehículos y efectuar revisiones personales para comprobar si se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos y, en su caso, si intervinieron o no en un hecho punible. Es, igualmente, una medida de urgencia y preventiva a cargo de la Policía, y comparte notas características con el control de identidad policial, aunque está residenciada en la colocación de puestos de control y persigue, además, de identificar a las personas que están en las zonas de seguridad fijadas, en revisar vehículos y a las propias personas para la obtención, en su caso, de fuentes de prueba material.

Esta diligencia exige que se anote en un Libro–Registro de Controles Policiales públicos y se le levanten las actas correspondientes, las mismas que se pondrán en conocimiento del Ministerio Público.

El Código no hace mención, propiamente, a delitos graves –concepto no definido en el Código Penal–, solo menciona “...delito causante de grave alarma social...” –vinculada al principio de prevención general–. Ésta es una noción más amplia, pues no está en función a la gravedad de la pena fijada por el legislador, sino resalta un dato criminológico que va asociado al impacto que un hecho punible produce en la sociedad, el cual se ve resaltado mayormente por la forma de comisión del delito, número de intervinientes, modo de comisión, bienes jurídicos vulnerados, lugar de perpetración y presencia de numerosas personas por sus inmediaciones.

Determinar que un delito causa grave alarma social es otorgar a la Policía un gran nivel de apreciación, pero desde luego existen datos objetivos vinculados a la gravedad de la alarma generada que es del caso tener en consideración.

6. La video vigilancia

El Subcapítulo II, dedicado a la videovigilancia, en su único artículo 207 del CPP, modificado por el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023, fija los presupuestos y los medios de ejecución de esta medida. Por su nivel de afectación al derecho a la propia imagen y al libre desarrollo de la personalidad, está residenciada en la investigación de delitos violentos, graves o contra las organizaciones criminales. Es un acto de investigación secreto, que se hace por la Policía previa autorización del Ministerio Público o por la propia Oficina Fiscal, lo que exige con carácter previo la investigación de un delito concreto (principio de especialidad). Importa (1) la utilización de diversos medios tecnológicos, de **televigilancia** en tiempo real y registros de audios e imágenes fijas o en movimiento de personas imputadas, lugares, objetos o hechos relacionados y de interés en la investigación; y, (2) la observación, vigilancia y seguimiento (OVISES) del investigado o sobre los objetos o bienes que emplea, así como la utilización de otros medios técnicos y tecnológicos de investigación cuando resulten indispensables, a fin de identificarlos plenamente y determinar sus nexos ilícitos con otras personas o con elementos de prueba (propia mente, fuentes de prueba).

La investigación tecnológica parte de este primer referente, de televigilancia o de OVISES, para dotar de eficacia al esclarecimiento de los hechos delictivos. Dada la magnitud de la operación policial no solo se requiere de la autorización, y supervigilancia, del fiscal, además está circunscripta a tres tipos de delitos: violentos, graves y contra organizaciones criminales –la Ley no define, a diferencia de los delitos vinculados a organizaciones criminales: Ley 30077, cuándo un delito es grave o es violento, pero se entiende, en el primer caso, que se trata de un delito que determinaría una pena superior a cinco años de privación de libertad, en que no procedería, una condena condicional; y, en el segundo caso, que se trata de un delito que importa, en su modo de ejecución, el uso de la fuerza física o moral, y comprometa la integridad corporal o la libertad de las víctimas.

Igualmente, dado el nivel de compromiso a los derechos fundamentales de la persona, de intensidad media, no solo pueden ejecutarse en delitos con una entidad determinada y autorizados por el fiscal (subprincipio de estricta proporcionalidad), sino que debe realizarse, para su procedencia, un juicio de proporcionalidad, específicamente de necesidad, en cuya virtud la utilización de la tecnología y los OVISES resultan indispensables y otra opción no sería

igualmente provechosa o dificultaría gravemente el éxito de la investigación. Por lo demás, el juicio de adecuación requiere determinar que la captación de imágenes y los OVISES permitirá facilitar la identificación del investigado, localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

La Ley también autoriza la utilización de estas medidas para otras personas, distintas de las investigadas, siempre y cuando, en el caso de televigilancia (literal 'a' del apartado 1 del artículo 207 CPP), además –como es obvio– de existir indicios fundados de la relación de aquellas y los hechos objeto de investigación, la averiguación se viera esencialmente dificultada o su resultado sería relevantemente menos provechosa. En el caso de la diligencia de observación, vigilancia y seguimiento –OVISES– (literal 'b' del apartado 1 del artículo 207 CPP), cuando existe conexión con el investigado o cuando resulta indispensable hacerlo para evitar la frustración de la medida o disminuir sensiblemente su nivel de esclarecimiento.

En clave del principio de proporcionalidad, de sus presupuestos generales, si estas medidas tecnológicas se realizan en el interior de inmuebles o lugares cerrados, por afectar la libertad domiciliaria, se necesitará la correspondiente orden judicial. De otro lado, para la utilización en juicio de las actas levantadas y de las fotografías, audios o videos captados y televigilancia –su conversión de fuente de prueba a medio de prueba–, deberá procederse al procedimiento de control previsto para el caso de intervención de comunicaciones (artículo 231, apartados 3 y 4, del CPP, según el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023).

7. La intervención de las comunicaciones telefónicas

7.1. Referencia constitucional

La Constitución Peruana no sólo reconoce, genéricamente, el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 2º.7: “*Toda persona tiene derecho: 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias*”), sino, específicamente, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones (artículo 2.10), esto es, el derecho a la libertad y confidencialidad de las comunicaciones privadas¹.

¹ **Artículo 2 Const.:** “*Toda persona tiene derecho: 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.- Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley.*”

La carencia de una norma específica en la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante CADH–, no obstante ello, ha permitido sostener a la CIDH que el artículo 11 incluye las conversaciones telefónicas dentro del ámbito de protección de la vida privada², conforme a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante SCIDH– Tristán Donoso *v.* Panamá, de 27-1-2009, la cual se protege, con cita de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, STEDH– Halford, de 27-5-1997– las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relación con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla.

7.2. El derecho a la intimidad

La doctrina constitucional peruana considera el derecho a la intimidad, más allá de admitir la diversidad de contenidos que presenta, como un bien jurídico presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales. Destaca, de un lado, la protección contra las intromisiones y la toma de conocimiento de hechos que corresponde a la esfera de la vida privada, es decir, de aquella esfera de la existencia que toda persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado; y, de otro lado, el control de la información de esta faceta de nuestra vida, sobre los datos e informaciones relativos a la propia persona. La libertad de comunicaciones es, por tanto, su presupuesto o contenido implícito.

Pero, a su vez, también existe consenso en nuestra doctrina constitucional en que tal nivel de protección no es absoluto o inelástico, pues debe tomarse en cuenta, en determinados casos, los intereses generales que también deben ser protegidos por el sistema jurídico. Uno de ellos, por cierto, es la prevención y represión de los delitos, que obviamente se trata de un hecho que tiene trascendencia social. Pertinente al punto es la sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina dictada en el caso *Ponzetti v. Editorial Atlántida* (306: 1892), que señaló que la protección en comento tiene un carácter relativo y sólo

Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.- Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.-"

² **Artículo 11 CADH:** "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.- 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.- 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

por ley –así, artículos 11.2 y 30 CADH³– podrá justificarse la intromisión en este ámbito, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. Al respecto, la SCIDH Tristán Donoso, de 27-1-2009, acotó que este derecho “...no es absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y [estricta] proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”.

El Tribunal Constitucional Peruano ha insistido que el derecho a la intimidad –en cuanto derecho personalísimo que protege al individuo [MALPARTIDA CASTILLO]– comprende todos aquellos actos que la persona crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento al margen y antes de lo social (STC 7122005/HC, de 17-10-2005). En esa misma línea en la STC 67122005/HC apuntó que este derecho está constituido por los “... datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado un daño”.

La *privacy*, en términos del Juez Supremo estadounidense BRANDEIS, consiste, sintéticamente, en el derecho “a ser dejado en paz” (*to be let alone*). No vulnera este derecho, por ejemplo, la técnica de la videovigilancia en lugares abiertos al público, pues no puede reputarse íntimo lo que se hace en público, por lo que las grabaciones correspondientes son admisible como pruebas de cargo (STSE de 14-10-2002).

A tono con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 3-3-2004 añadiríamos que existe una protección absoluta de un ámbito esencial en la configuración de la vida privada, que prohíbe captar expresiones que pertenezcan al mismo –tales como la posibilidad de expresar sucesos, sentimientos, reflexiones, opiniones y experiencias íntimas estrictamente personales–; y, por ende, excluye a la persecución penal de la ponderación de los intereses, salvo que se trate de expresiones sobre concretos delitos graves cometidos cuando tengan suficiente percepción social, incluso aunque se hayan manifestado en la propia

³ **Artículo 30 CADH.** Alcance de las restricciones. “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

vivienda y entre parientes próximos. El criterio de definición de la esfera privada es predominantemente material y está en función a las pautas sociales imperantes [DÍEZ PICAZO].

7.3. El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 2.10 C.)

Sobre este derecho fundamental, un sector de la doctrina constitucional peruana entiende que el derecho a la intimidad personal se proyecta a las comunicaciones en general –el secreto de las comunicaciones, se dice, es una extensión del derecho a la intimidad y se concreta en la impenetrabilidad del contenido de las comunicaciones–, porque a través de ellas las personas pueden estar revelándose aspectos concernientes a aquel espacio que la persona reserva para sí.

Destaca, pues, el fundamento común de ambos derechos, pero lo que el derecho al secreto de las comunicaciones trata de garantizar es que una actividad sea de acceso reservado y opera, por tanto, como garantía formal de intangibilidad, de ahí su autonomía respecto del derecho a la intimidad. El bien jurídico protegido, en consecuencia, es la libertad de comunicaciones, no la intimidad [DÍEZ PICAZO]. Lo que se pretende, con este derecho, es que todas las comunicaciones, incluidas las electrónicas, puedan realizarse con libertad [BALAGUER]. El objeto directo de protección es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido (STCE 170/2013, de 7 de octubre).

Sin embargo, en aras de la delimitación de su contenido, también se afirma que este derecho tiene una génesis propia, ligada a la inviolabilidad de la correspondencia, que se circunscribe a todos aquellos medios utilizados para el intercambio de información, opiniones o ideas entre dos o más personas. Por consiguiente, no es una manifestación o reflejo del derecho a la intimidad.

Si los medios protegidos por el derecho en cuestión son todos los medios de comunicación, alámbrico o inalámbrico, a través del cable o del espacio radioeléctrico, Internet (telégrafo, teléfono fijo o móvil, télex, fax, correo electrónico, videoconferencia, etcétera), con excepción de los medios de comunicación de masas; entonces, no hay duda que se está ante un derecho autónomo frente al derecho a la intimidad, tendente a la protección de la comunicación y lo comunicado, con independencia del carácter de lo conversado –consagra la facultad de expresar el pensamiento reservadamente, con relación a destinatarios específicos–, siempre referido a las comunicaciones privadas. Se erige, entonces, como garantía formal

y, además, está sujeto a una garantía absoluta de resolución judicial para levantarla, pero también, con carácter previo, tiene una primera nota característica, que es la reserva de ley y, luego, en tercer lugar, le corresponde una última nota característica, que la inutilización probatoria cuando, con violación a esta garantía, se quiera hacer valer lo comunicado en sede judicial.

Podemos decir, respecto de la relación intimidad – confidencialidad de las comunicaciones, que esta última ofrece una protección formal, con independencia del acto comunicativo, que consiste en que, cualquiera fuese el contenido, deben respetarse ciertas reglas de procedimiento para hacer injerencia en una comunicación interpersonal y que debe además perseguir ciertos fines legítimos, la primera indica un límite sustancial al Estado, por relación con el contenido de la comunicación –lo decisivo, en orden a la reserva, no es el contenido (lo que se trasmite en la conversación) sino el continente (poder transmitirlo sin que lo sepan lo demás, incluido el Estado)–. Así ha sido confirmado por la Corte Suprema en la Sentencia 092006/Lima, de 14-5-2007.

Existe, pues, una presunción *iure et de iure* acerca de que lo comunicado es “secreto” en su sentido sustancial, siempre que la comunicación se haga por los medios a los que se refiere el artículo 2.10 Constitucional [BALAGUER].

7.4. Titularidad y límites del derecho

Es de precisar dos cuestiones básicas respecto del derecho fundamental analizado:

Primera, en orden a su titularidad. Cualquier persona, física o jurídica, nacional o extranjera, incluso las personas jurídicas públicas [DÍAZ REVORIO], tiene constitucionalmente garantizado que sus relaciones habladas o escritas con otras personas, sea cual fuere su contenido, no pueden ser escuchadas, espiadas, interceptadas, conocidas ni hechas públicas sin su consentimiento, por terceros o autoridades. El ataque prohibido puede provenir tanto del Estado como de personas privadas, y éste puede entenderse como la intervención, la grabación y la divulgación de las comunicaciones (SCIDH Escher y otros *v.* Brasil, de 6-7-2009).

Segunda, respecto de la fuerza de su protección. La Constitución peruana, asimismo y de modo expreso, ha relativizado su protección –que incide en las dos facultades que lo integran: la de comunicar libremente o la de limitar el conocimiento del mensaje al destinatario elegido–. Permite la interceptación de las comunicaciones telefónicas por mandamiento motivado de juez, con las garantías previstas en la ley, cuya infracción hace que los elementos obtenidos

carezcan de efecto legal alguno, lo que por cierto, como supone una excepción al derecho constitucionalmente garantizado, tal permisión ha de ser interpretada restrictivamente (STEDH Klass, de 6-9-1978). Es de anotar que nuestra Constitución sólo admite lo que puede denominarse “límites normales del derecho” –mandato motivado del juez competente–, no así los llamados “límites anormales o excepcionales” propios de los Estados de Emergencia –que sólo podría tener lugar en una situación dramática de declaración del Estado de Sitio–, tal como se advierte del artículo 137⁴.

Cabe precisar, igualmente, que las comunicaciones interpersonales pueden tener la forma de: **1.** Telecomunicación, sea entre ausentes, como por ejemplo, correo electrónico o *pager* (por casilla de mensajes); o entre personas presentes que se comunican en tiempo real, como por ejemplo, comunicaciones telefónicas, por ondas hertzianas, satelital; o por la internet mediante herramientas de vínculos de conversación cerrados (chat)–. **2.** Comunicación entre personas físicamente presentes en un mismo tiempo y lugar.

7.5. Delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones

El Tribunal Constitucional peruano ha delimitado tres puntos en relación al derecho fundamental objeto de análisis:

1. Este derecho impide que las comunicaciones sean interceptadas por quien no esté autorizado para ello. Es de entender la interceptación como el acto de aprehensión tecnológica de una comunicación o medio comunicativo similar por vía audio–magnética o decodificada, a efectos de tomar conocimiento del contenido de la comunicación. El derecho al secreto de las comunicaciones tiene eficacia *erga omnes*, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación –salvaguarda que todo tipo de comunicaciones entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo– (STC 28632002AA, de 29-1-2003). El carácter autónomo de este derecho frente al derecho a la intimidad personal estaría, pues, afirmado; y, los sujetos sometidos a la garantía del secreto de las comunicaciones, serían todos los terceros ajenos a la comunicación, no afecta a los propios partícipes en ella. El secreto no rige entre los

⁴ **Artículo 137 de la Constitución:** “El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar [...] **2.** Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. [...]”.

propios comunicantes y, en consecuencia, quien da a un tercero acceso a una comunicación de la que es parte, o le informa sobre el contenido de la misma, no vulnera el derecho de su interlocutor [DÍEZ PICAZO]. La protección que brinda este derecho, en definitiva, lo es frente a terceros; no rige entre los propios comunicantes.

2. El objeto del referido derecho fundamental son las comunicaciones entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo –clásico o electrónico– o nota entre particulares (STC 7742005HC, de 8-3-2005). La amplitud, así concebida, comprende las comunicaciones mediante telefonía digital o por satélite. “*No sólo la primitiva telefonía por hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra comunicación a través de las ondas, se encuentran garantizadas en su confidencialidad por el derecho al secreto de las comunicaciones y judicialmente tuteladas*” (STSE de 1-6-2001).
3. En cuanto al ámbito protegido, el “secreto” comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado, de suerte que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, tanto cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello (STC 28632002AA, de 29-1-2003).

Cabe aclarar que superada la protección formal, el contenido concreto de la conversación, si ésta se encuentra almacenada, la protección está residenciada en el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal –también de jerarquía constitucional: artículo 2.6–, y es compatible con la STEDH Barbulescu de 12-1-2016 y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24-11-2011 y de 19-4-2012 [RODRÍGUEZ LAINZ].

No obstante, el Tribunal Constitucional (STC 6552010PHC/TC, de 27-10-2010), repitiendo acriticamente la SCIDH Escher y otros *v.* Brasil, de 6-7-2009, y obviando sus anteriores precedentes de inspiración hispánica, insiste en la exigencia de que las conversaciones prohibidas son las privadas –cuando, en pureza, no interesa el contenido de las mismas. La fundacional STCE 114/1984, de 29 de noviembre, puntualizó que este derecho “...*se predice de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado*”–. Tal posición de la mencionada del Tribunal Constitucional nacional, sin duda errónea, sólo podría aceptarse si la Ley Fundamental no hubiera

contemplado autónomamente el derecho al secreto de las comunicaciones, diferenciándola del derecho a la intimidad.

El carácter objetivo y formal del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones es obvio: se protege la comunicación y lo comunicado, con independencia del carácter de la conversación. Bajo esta línea, al amparo de la Jurisprudencia estadounidense, Sentencias *On Lee v. USA*, de 1952, y *Rathbun v. USA* (1957), basta el consentimiento de una de las partes en la conversación para validar la interceptación sin orden judicial. En la Sentencia *López v. USA* (1973), se aceptó la grabación y su uso como prueba de cargo –es la técnica del *bugging* o autoinjerencia–, pues quien conversaba se tomaba el riesgo de que la otra parte divulgara el contenido de la conversación. En igual sentido se pronunció la STCE 114/1984, de 29 de noviembre⁵, y, luego, la STSE 891/2006, del 22 de septiembre: “...la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción ni a la intimidad del afectado recurrente [afectado]”. La casación argentina admitió las grabaciones ocultas de comunicaciones, realizadas por querellantes, o por denunciante y también las realizadas con cámara ocultas, por periodistas (CNCP, Sentencias Hidalgo, de 17-2-2003; Macri, de 13-6-1997; y, Raña, de 20-4-1999). En esta misma tesitura lo hizo el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Perú en los diversos procesos en que se aportaron como prueba los famosos “vladivideos”.

7.6. Extensión de la protección constitucional

Pareciera que para nuestro Tribunal Constitucional, a diferencia de la STEDH Malone, de 2-8-1994, la técnica del “recuento” –tarifador o *pen register*– no estaría vedada constitucionalmente por la menor intensidad que tiene frente a las escuchas telefónicas. Según el TEDH, protegido por el secreto no solo está el “soporte” –línea telefónica, por ejemplo–, sino también las circunstancias de las comunicaciones, tales como el momento, la duración o la identificación de los comunicantes. La técnica del “recuento”, como se sabe, emplea un mecanismo que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico, la hora y la duración de cada llamada. En la SCIDH Escher y otros se dijo, sin mayores énfasis, “...el artículo 11 [CADH] se aplica a las conversaciones telefónicas

⁵ STCE 114/1984, de 29 de noviembre: “[...] Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho re conocido en el artículo 18.3 de la Constitución [artículo 2.10 de la Constitución del Perú]; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”.

independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.

La STEDH Malone consideró que tal técnica afecta el contenido esencial del secreto de las comunicaciones porque contiene información –en especial, los números marcados– que identificarían indirectamente a los interlocutores o corresponsales, lo que obliga a requerir mandato judicial porque son parte de las comunicaciones telefónicas. Supone desde esta perspectiva, anota la STCE 70/2002, una interferencia en el proceso de comunicación, de suerte que este derecho quedaría afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (STCE 230/2007). La STSE 1219/2004, del 10 de diciembre, desde una perspectiva del principio de proporcionalidad en sentido estricto, acotó que la resolución judicial habilitante, empero, puede tener la forma de providencia (o decreto), en atención a la menor intensidad de la afectación del derecho fundamental y no importa, concurrentemente, ninguna intromisión en el derecho a la intimidad al suponer sólo la identificación de los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones.

La Corte Suprema de Estados Unidos, por el contrario, no consideró inconstitucional esa técnica, ni por consiguiente dispuso la previa orden judicial para usarla (véase, Sentencia *Smith v. Maryland* de 1979).

Tal entendimiento –de la no necesidad de orden judicial fundada mediante un auto–, en todo caso, permitiría a la policía, al incautar un teléfono móvil o celular, analizar inmediatamente –sin autorización judicial– la memoria para que la autoridad de investigación pueda acceder a las constancias de llamadas registradas en el aparato; y evitaría a los tribunales hacer argumentaciones que sostengan que no se trata de una manipulación del teléfono para conocer las llamadas efectuadas, sino sólo para dejar constancia de las mismas (STSE 1300/2001, de 28 de junio; 2384/2001, de 7 de diciembre). En este supuesto, podría decirse que se trataría de mensajes almacenados que tienen la equivalencia de un mero documento. La Sala Penal de la Corte Suprema peruana no ha visto ningún problema de ilegitimidad constitucional en esta técnica de investigación policial.

Con mayor precisión la STSE 1086/2003, de 25 de julio, señaló que: “... esta diligencia no supone [incluso] ninguna intromisión indebida en el derecho a la intimidad [porque]...sólo sirve para acreditar los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones...”. La STSE 1231/2003, de 25 de noviembre, puntualizó que: “... No se trata de una intervención en el proceso de comunicación, ya entendido como transmisión de conversaciones, ni localización, al tiempo de su realización, de las llamadas efectuadas, de la identificación de usuarios, limitándose a la comprobación de unos números. Se trata de una comprobación de una agenda que contiene datos almacenados y que pudieron ser borrados por el titular o, incluso, bloqueados por el titular. Por otra parte, esa actuación no permite comprobar el destinatario de la llamada, ni el tiempo ni, en la mayoría de los supuestos, las horas de su relación, tan sólo de una información obtenida de la memoria mediante una sentencia actuación sugerida por el aparato”. El examen o la observación del listado de teléfonos de la agenda de un teléfono móvil –contiene nombres, direcciones y números telefónicos–, por consiguiente, no es una intromisión en el proceso de comunicación –que ya culminó–, sino en el derecho a la intimidad. Su examen está legalmente autorizada a a Policía, siempre por supuesto que la misma resulta justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto, siempre bajo una apreciación *ex ante* (así: STCE 70/2002, de 3 de abril, y SSTSE 1315/2009, de 18 de diciembre, y 311/2015, de 27 de mayo).

En esta misma perspectiva, la obtención de los números de las líneas telefónicas a intervenir es materia por completa ajena al ámbito de la protección constitucional, por lo que no es necesaria, a estos efectos, de autorización judicial alguna (SSTSE 10169/2015, de 30 de septiembre, y 1836/2015, de 2 de junio).

Queda claro, por lo demás, que tampoco afecta el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones conocer la titularidad del contrato de abono telefónico numerado (STSE 459/1999, de 2 de marzo).

Por último, el hecho de que los agentes policiales intervienen en poder de unos detenidos varios teléfonos celulares o móviles, accediendo, entre otros, al registro de llamadas memorizado en el terminal hallado en posesión de varios de ellos, sin contar con su consentimiento ni con la debida autorización judicial, confeccionando un listado de llamadas recibidas, enviadas y perdidas, se considera que no es causal de inutilización probatoria. Por ejemplo, la reciente jurisprudencia española, asumida por la STCE (pleno) 115/2033, de 9 de mayo, concluyó que esta práctica no afecta el derecho al secreto de las comunicaciones del usuario de dicho aparato de telefonía, sino exclusivamente al derecho a la intimidad; que la Constitución no prevé la garantía de previa autorización judicial para el derecho a

la intimidad, por lo que se admite su legitimidad constitucional al constituir una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que exista la suficiente y precisa habilitación legal y se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad; que con el acceso a la agenda de contactos del teléfono móvil o celular no se obtiene dato alguno concerniente a un proceso de comunicación emitida o reciba mediante dicho aparato, sino únicamente un listado de números de teléfono introducidos voluntariamente por el usuario del terminal, equiparable a los recibidos en una agenda de teléfonos en soporte de papel; que distinto sería el caso si se hubiese producido el acceso policial al cualquier otra función del teléfono móvil o celular que pudiera desvelar procesos comunicativos, como por ejemplo el acceso al registra de llamadas entrantes y salientes. Este criterio ha sido seguido por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre ellas la reciente 87/2020, de 3 de marzo.

7.7. La intervención de las comunicaciones

El derecho a la libertad y confidencialidad de las comunicaciones, conforme a la Ley Fundamental, está dotado de una singularidad propia que lo diferencia del derecho a la intimidad y, además, está sujeto a una protección reforzada. Su interceptación –que es la excepción– sólo puede producirse mediante “...mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la Ley”. Ello significa que “...este derecho no tiene carácter absoluto, pues puede estar sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas en la ley en función de intereses que puedan ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho” (STSE 1129/2006, de 15 de noviembre), y que en todo caso requiere de una decisión judicial específica, caso por caso. La interferencia en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones solo puede sustentarse en razón de intereses generales, una de las cuales es la investigación de los delitos y la lucha contra la criminalidad.

El cumplimiento de estos presupuestos –que incluye el fin legítimo como base para impedir injerencias arbitrarias o abusivas: artículo 11.2 CADH–, interpretados de forma restrictiva, permitirá que esa afectación (referidas a las comunicaciones orales, aunque a veces con soporte escrito, como los mensajes de textos o sms, y los correos electrónicos email [BANACLOCHE] –incluso los Whats App–) no se convierta en vulneración. No cabría, entonces, invocar la noción material de “urgencia” o “peligro por la demora” para que la autoridad pública intervenga las comunicaciones. El Juez ha de tener en este caso, no la última palabra en la materia, sino la primera palabra. Y, si la interceptación se produce sin la previa orden judicial –o esta es arbitraria–, la información obtenida “...no tiene efecto legal”.

Es de definir, con fines metodológicos, la intervención de comunicaciones como una medida de investigación restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones –en pureza, una medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, según la denomina el Título III de la Sección II del Libro Segundo del CPP–, que puede acordar la autoridad judicial en la etapa de investigación preparatoria –el Juez de la Investigación Preparatoria: artículo 230.1 CPP–, consistente en la instalación de aparatos de escucha, grabación y reproducción del sonido, para captar el contenido de la conversación desarrollada de forma oral entre dos o más personas, con la finalidad de obtener datos que hagan posible la averiguación del sujeto/s responsable/s del hecho delictivo, de las circunstancias de la comisión del mismo y de la obtención de material incriminatorio suficiente que pueda hacer valer en la etapa de enjuiciamiento [NOYA FERREIRO].

Una de las notas relevantes, en clave procedimental y presupuesto lógico, es el secreto de las referidas actuaciones, precisamente para evitar su inutilidad –éste es inherente a la intervención telefónica–. Su eficacia depende, prácticamente en su totalidad, de la ignorancia del afectado acerca de su existencia.

Esta medida cumple dos funciones básicas. **1.** De un lado, desempeña una función probatoria aunque no es en sí misma un medio de prueba, sino en pureza una fuente de prueba, o más bien una operación técnica cuyo objeto: la conversación, puede crear elemento de prueba, lo que en todo caso dependerá del contenido y de la relevancia de las grabaciones. **2.** De otra parte, cumple, también, una importante función investigadora, en cuanto constituye una herramienta muy útil para obtener otros elementos de prueba y para decidir sobre sucesivos actos de investigación [RIVES].

7.8. Garantías de la interceptación de las comunicaciones

La Ley que desarrolla la interceptación de comunicaciones, siguiendo la doctrina del TEDH en las Sentencias Kruslin, Huvig y Valenzuela Contreras –SSTEDH de 24-4-1990 y de 30-7-1998–, para que el derecho fundamental permanezca incólume, debe contemplar las siguientes cinco garantías:

- 1.** Que se definan las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial;
- 2.** Que se identifique la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas;
- 3.** Que se fije un límite de duración de la ejecución de la medida;

4. Que se determinen las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas, incorporando las precauciones necesarias para conservar intactas y completas las grabaciones realizadas, a los fines del eventual control por el Juez y la defensa; y
5. Que se establezcan las circunstancias en las que se puede o debe realizar el borrado o la destrucción de las cintas, especialmente en casos de sobreseimiento o puesta en libertad.

Lo expuesto reconoce, como punto esencial, el principio de reserva de ley en materia de medidas instrumentales restrictivas de derechos fundamentales, una de cuyas notas esenciales es, sin duda, la exigencia de certeza: incorporación de reglas claras y detalladas. Este principio cumple una doble función. **1.** De una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes. **2.** De otra, en tanto los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley, constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales (STCE 26/2006, de 30 de enero).

En la base misma de estas garantías se reconoce el cumplimiento de varios principios esenciales del procedimiento penal y, concretamente, de la interceptación de comunicaciones: **(i)** especialidad, **(ii)** excepcionalidad y necesidad, **(iii)** idoneidad o funcionalidad, y **(iv)** estricta proporcionalidad.

La especialidad. Se requiere de la existencia de una investigación penal en trámite por un delito concreto, con la consiguiente prohibición de intervenciones telefónicas con fines generales y prospectivos (STSE 393/2012, de 29 de mayo), esto es, indagar qué es lo que encuentran a un sospechoso sin datos previos delimitados. Se precisa, pues, como presupuesto procesal, de un procedimiento de investigación dirigido al esclarecimiento de hechos concretos con una concreta, aunque provisoria, calificación jurídica, no una causa procesal destinada a determinar qué delitos pudiera estar cometiendo una persona determinada [RODRÍGUEZ LAINZ].

Este principio dice de la finalidad de la medida de intervención telefónica. Ha de ser necesaria para “[...] *proseguir las investigaciones...*” (artículo 230.1 CPP) o, con un sentido más claro, para “[...] *lograr los fines de esclarecimiento del proceso...*” (artículo 202 CPP). Esta finalidad actúa como límite teleológico, de manera que la intervención será posible solo si se está ante un hecho o circunstancia importante, y ante una investigación en trámite. De tal manera que no será la escucha la que

dé lugar a la formación de la “causa”, sino que por el contrario la “causa” debe existir, estar en tramitación y apreciarse de la misma que con la escucha es posible obtener el descubrimiento o la comprobación de algún hecho relevante para la “causa” [LÓPEZ BARJA].

Una disposición fiscal, previa, ha de indicar el tipo delictivo que se está investigando –de hecho, puede tratarse de diligencias preliminares (artículo del 334.1 del CPP)– que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales (STSE de 11-4-1997). Debe existir la necesaria identidad entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga (ATSE de 18-6-1992). Se debe inutilizar el resultado de una intervención telefónica si se ha producido una divergencia entre la autorización concedida (para investigar, por ejemplo, un delito de tráfico ilícito de drogas) y la investigación efectivamente practicada por la policía (un delito de cohecho) (STCE 49/1996, de 26 de marzo).

La excepcionalidad y necesidad. Se vincula a la inexistencia de otras medidas igualmente útiles menos gravosas o restrictivas. Lo imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, está vedado hacerlo (STSE 844/2002, de 13 de mayo). Luego, no es un medio normal de investigación y, por ello, no debe emplearse de forma rutinaria o generalizada (STSE 453/2013, de 18 de julio), solo cuando sin él la obtención de pruebas sería extraordinariamente difícil (STSE de 23-11-2002). Lo imprescindible, en suma, se aprecia tanto de la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, estaría vedado acordar la intervención de comunicaciones (STSE de 1-12-1995).

La idoneidad o funcionalidad. Define el ámbito objetivo y subjetivo. Se concreta tanto en la precisión del hecho y una suficiente identificación del sospechoso y del teléfono empleado como vehículo de comunicación –que muchas veces no están a nombre de quien verdaderamente hace uso de aquéllos–, como en su duración en función a la utilidad de la medida, y concreta ésta en función a las terminales o sistemas de comunicación de utilización ocasional o habitual del imputado–.

La intervención de comunicaciones, por esta exigencia ineludible de indicar el número telefónico o identificar el teléfono, en función a un hecho

punible con ciertos marcos de concreción (artículos 230, literales 2 y 3, del CPP⁶), solo comprende como válidas –garantía de constitucionalidad de la misma– aquellas conversaciones que están estrictamente vinculadas al teléfono o teléfonos intervenidos. Si del mérito de las conversaciones intervenidas se advierte la existencia funcional de otros teléfonos y/o personas vinculadas al hecho delictivo investigado, será necesario la ampliación de la medida a esos teléfonos. No es posible extender automáticamente, en cascada, esta medida a la interceptación de teléfonos no comprendidos en la orden judicial. Sí así se hace, desde luego, esas conversaciones no pueden ser utilizadas por su ostensible inconstitucionalidad.

La proporcionalidad. Este principio se vincula, **1.** De un lado, a un delito grave –es su presupuesto material–, cuya valoración no solo debe estar en función a la pena conminada, sino también a la trascendencia social del delito que se trata de investigación (Conforme: SSTCE 167/2002, de 18 de septiembre, y 253/2006, de 11 de septiembre), de suerte que tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior la beneficio que de su adopción resulta para el interés público y de terceros (STCE 96/2012, de 7 de mayo). **2.** De otro lado, a la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito, fundado en razones de política criminal para evitar bolsones de impunidad (STCE 104/2006, de 3 de abril)–. En consecuencia, la intervención telefónica ha de guardar proporción tanto con la infracción penal que se investiga como con lo que se espera obtener mediante dicha medida. La regla de los sacrificios exige que debe existir proporcionalidad entre el fin perseguido y el medio empleado para conseguirlo [LÓPEZ BARJA].

El artículo 230.1 del CPP optó, para definir el presupuesto material de la medida, por un criterio objetivo-concreto, en cuya virtud la intervención de comunicaciones procede en delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a los cuatro años, entendiéndose este baremo como prognosis de pena concreta.

7.9. Garantías de la intervención de comunicaciones

Estas garantías permiten proteger la propia libertad de comunicación, que es puesta en peligro no sólo (i) cuando se interfiere o vigila la comunicación misma –momento de la recolección de datos de o sobre la comunicación–, sino también (ii) cuando estos datos obtenidos son utilizados para algún fin –momento

⁶ **Artículo 230 del CPP:** **1.** “El Fiscal [...], podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas [...]”.- **3.** “[...] la resolución judicial que la autorice, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono [...]”.

de la utilización–, y además **(iii)** cuando estos datos se conservan u organizan para algún uso futuro –momento de la conservación, almacenamiento o tratamiento de datos–.

La ley, por tanto, debe dar una protección suficiente para cada momento, y asegurar que la recolección, utilización y almacenamiento no sean ejecutadas para un fin distinto del que les dio legitimidad.

7.10. Presupuestos y requisitos de la intervención de las comunicaciones

En orden a la intervención de las comunicaciones, en concreto las telefónicas, por imperio de las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal, y con fines de investigación penal, existen presupuestos constitucionales (anteriores y coetáneos a la medida), y requisitos ordinarios (posteriores) [MONTERO].

Los primeros –presupuestos constitucionales– permiten configurar la intervención telefónica como una fuente de prueba y medio de investigación, por lo que su incumplimiento, afirma el Tribunal Constitucional, torna inválidos los elementos de convicción recabados (STC García Mendoza, 20582004AA/TC, de 18-8-2004), mientras que los requisitos de legalidad tienen como finalidad convertir la intervención telefónica en un medio de prueba susceptible de ser valorado como prueba de cargo durante el juicio oral y en la sentencia que se dicte [CLIMENT]. La STSE 1954/2000, del 1-3-2000, es básica al respecto.

Los requisitos de legalidad ordinaria se refieren, una vez superados los de Derecho constitucional, a la forma en que tales intervenciones se incorporan al procedimiento; y, su incumplimiento, impedirá que las intervenciones por sí mismas puedan ser prueba de cargo, pero nada obsta a que siendo un medio de investigación válido y fuente de prueba, siempre que se pueda corroborar con otros (testificales, materiales aprehendidos, etcétera) [DE AGUILAR].

7.11. Presupuestos constitucionales de la intervención de comunicaciones

Los presupuestos constitucionales de la injerencia que la Ley Fundamental autoriza, para determinar su licitud, son cuatro, desde luego más exigentes que la CADH que, a tenor de la SCIDH Escher y otros, se limita a exigir: **a)** legalidad de la injerencia; **b)** persecución de un fin legítimo; y **c)** que la medida sea idónea, necesaria y proporcional.

Se trata de los siguientes:

7.11.1. Reserva jurisdiccional absoluta. Esta exigencia importa dos cosas: primero, que se trate de la decisión de un órgano jurisdiccional, independiente al resolver; y, segundo, que sea adoptada en el curso de una actuación procesal, único medio en que la actividad judicial puede desarrollarse. El artículo 230.1 CPP exige, en esta línea, que: “...la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones...”; y, el Fiscal, para hacerlo, requiere que previamente decreta diligencias preliminares o dicte la disposición formal investigación preparatoria (artículos 330.1, 336.1 y 337.2 CPP), en función a “...sospecha(s) de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito” (artículo 329.1 CPP).

La intervención judicial como presupuesto necesario y previo a la intervención telefónica, atento a la concordancia del artículo 2.10 de la Constitución y el artículo 230 del CPP, no admitiría excepciones basadas en la urgencia o en el peligro por la demora –expresión que se refiere a la necesidad de salvataje de bienes jurídicos superiores de terceros, durante la etapa de preparación o ejecución, o si ha cesado ésta, si hay indicios graves de la inminencia de la fuga de los sospechosos o de desaparición de los efectos del delito–, ni siquiera en los supuestos de los Estados de Emergencia.

Se discute que si se somete una intervención gubernamental o policial urgente a la convalidación jurisdiccional se salvaría el vicio de inconstitucionalidad, tal como, para España, lo declaró la STCE 199/1987, de 16 de diciembre–. Sin embargo, en el Perú, la convalidación judicial no está prevista por el CPP para esta clase de medidas –sí la tiene, por ejemplo, la Ley Argentina 28.873, de 2004: artículo 236, 2do párrafo, del CPP Nación y el artículo 100B,II,4 OPP Alemana–. En conclusión, los jueces tienen el monopolio de autorizar la adopción de intercepción de las comunicaciones. El problema estriba en decidir si, además de la autorización judicial, se requiere que la propia limitación quede bajo control directo judicial; pero, si el acto de investigación queda, constitucionalmente, bajo la autoridad del Ministerio Fiscal, es obvio que no es posible entender que el Poder Judicial también debe realizarla o, en su caso, de intervenir directamente la ejecución de la medida.

7.11.2. Resolución judicial. Ha de ser motivada –la motivación es necesaria para justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y hacer posible su control posterior (STSE 1129/2006, de 15 de noviembre)–, y lo será tanto para acordar la medida como para prorrogarla. Ésta ha de justificarse según el momento y por razones específicas en que se solicita, y debe valorar indicios propios sobre la base de lo que se ha venido a descubrir con las anteriores grabaciones. Los indicios deben haber alcanzado cierta medida de concreción, a través del material fáctico concluyente del mundo externo e interno de los sucesos. La resolución autoritativa tiene la forma de un auto, no por decreto, en tanto que tal resolución requiere motivación. Formalmente el auto ha de expresar por sí mismo las razones que llevan a la decisión y debe hacerlo de modo específico –apunta la STSE 931/2013, de 14 de noviembre, que esta medida “...debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona”–. No es exigible una extensión determinada del auto, es suficiente que se expresen las razones que justifiquen lo resuelto (STSE 1592/2003, de 25 de noviembre).

Los fundamentos de hecho del auto judicial han de referirse a los indicios o hechos base que puedan derivar a un delito concreto, definido, y a la mención de sospechas fundadas en datos fácticos determinados que dan cierta solidez a las afirmaciones de la Fiscalía solicitante, necesarios para dictar una medida coactiva –basta que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se pide se efectuarían llamadas vinculadas con el delito investigado, las que conducirían a esclarecerlo (Cas. Argentina, de 13-7-2000, Asunto GN, A y otros)–.

Los fundamentos de hecho recaen en los límites objetivo –hecho punible objeto de investigación: para la obtención de datos que puedan servir para el descubrimiento de un delito y de las personas responsables del mismo (STS de 21-7-1997)– y personal o subjetivo –personas afectadas con la intervención telefónica: los que provisionalmente puedan ser tenidos como responsables del delito investigado o se hallen relacionados con ellos (STCE 49/1999, de 5 de abril)–.

Esta exigencia, que no es meramente de carácter legal, sino que procede de la Constitución, está en función al principio de intervención indiciaria, que requiere que existan datos en el caso concreto que pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria su limitación en función a las circunstancias de la investigación y del hecho investigado (STSE 684/2016, de 26 de julio). Los indicios a los que se alude son algo más que simples sospechas –la sospecha inicial simple solo justifica la incoación de diligencias preliminares de investigación–, pero también algo menos que los indicios reveladores que se exigen para dictar la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria; esto es, sospechas amparadas en alguna clase de dato objetivo (STSE 884/2012, de 8 de noviembre; y, STCE 202/2001, de 15 de octubre). Sin base objetiva, las sospechas que surjan en los encargados de la investigación son inatendibles en sede judicial (STSE 550/2013, de 26 de junio). La decisión judicial, por tanto, ha de expresar la imputación de un delito grave –de los indicados en el 230.1 artículo del CPP–, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios procedimentales de la posible existencia del mismo, así como la conexión del usuario o de los usuarios de los teléfonos con los hechos (STCE 25/2011, de 14 de marzo).

Este juicio, además, que rechaza la precariedad indiciaria y las meras conjeturas, y que carece de una base empírica mínimamente consistente y real, ha de contar con los presupuestos objetivos desde una perspectiva *ex ante* sin que sea aceptable cualquier justificación *ex post* (STSE 567/2013, de 8 de mayo). La sospecha suficiente –de cara a esta medida instrumental–, en base a “elementos de convicción suficientes” (artículo 230.1 CPP) o “datos objetivos determinados” (artículo 230.2 CPP), exigen indicios procedimentales que “...permiten descubrir o atisbar sin la seguridad de la plenitud probatoria, con la firmeza que proporciona la sospecha fundada, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho objeto de investigación a través de la interceptación telefónica, siendo obligación del Juez exteriorizar cuál es el indicio o los indicios porque, sino lo hace, de nada valdría la exigencia legal de su existencia que ha de producirse antes de la decisión y no después” (STSE de 18 de junio de 1992). La

fundabilidad de las sospechas descansa en la necesidad de que se apoyen en datos objetivos en un doble sentido: (i) ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y, (ii) han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de las personas (STSE de 18 de septiembre de 2002). Se trata, pues, de la fuente de conocimiento del presunto delito, la cual debe ser precisada y valorada.

No es necesario, desde luego, que se alcance el nivel de la sospecha reveladora, que da lugar a la Disposición Fiscal de Formalización de la investigación preparatoria. En el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona (STSE de 25-10-2002).

Los fundamentos jurídicos de la resolución judicial, amén de razonar en torno a la suficiencia de los indicios, al delito investigado, la proporcionalidad de la medida en relación al delito y a su trascendencia, deben incidir en la necesidad y utilidad para acordarla o continuarla. Debe designarse, además, el número telefónico, sin interesar que corresponda o no al investigado –el artículo 230.2 CPP prescribe, al respecto, que la orden judicial puede recaer “...*contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados, que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación*”–. El teléfono afectado será el que se considera, razonablemente, utiliza el sospechoso de ser autor del delito. Por ende, a estos efectos, la interceptación podrá centrarse, tanto en el terminal del que el investigado sea titular, como en aquel que sólo utilice como usuario. La interceptación no se vincula a la titularidad sino a la utilización de un determinado terminal o sistema de comunicación [MARCHENA/GONZÁLEZ-CUELLAR].

Determinar cuándo se está ante indicios suficientes o ante “suficientes elementos de convicción” es un tema arduo. La clave, a mi juicio, está en la noción de probabilidad –es de seguir la noción estadounidense de ‘causa probable’–, que apunta a establecer si existe una probabilidad fundada objetivamente –de base razonable, no de certeza– de que a través de determinada línea telefónica se obtendrá información relevante para esclarecer un crimen grave, [...] siempre según el criterio de una persona prudente y razonable (Corte Suprema de Puerto Rico, Asunto Pueblo *v.* Tribunal Superior, 1964). Para su determinación es relevante el tiempo transcurrido, a mayor tiempo transcurrido entre la observación de los agentes que solicitan la orden y la expedición de la misma, menor es la probabilidad en que debe estar fundada la orden, y mayor la probabilidad de una injerencia innecesaria. Luego, es necesario someter a análisis el contenido del pedido, la información con que cuenta, el contraste inicial o la credibilidad del informante. Cuando sólo existe información basada en un tercero, sin constatación policial, rige la regla de la “totalidad de las circunstancias” adoptada por la Corte Suprema USA en la Sentencia Illinois *v.* Gates (1983) –que revocó las reglas AguilarSpinelli, sentencias de 1964 y 1969, que exigían una petición que establezca la razón principal para inferir que el sospechoso está involucrado en una actividad criminal, y que el informante es creíble y que la información aportada por éste es veraz–, en cuya virtud si al considerar todas las circunstancias expuestas en las declaraciones o afirmaciones de la policía, basada en referencias de informantes, hay una probabilidad razonable de que habrá de encontrarse o descubrirse lo buscado, debe expedirse la orden. La confiabilidad del relato es mayor, hay presunción de confiabilidad, si éste proviene de la víctima o un testigo del delito (Corte Suprema, Sentencia Draper *v.* USA, 1950).

La casación argentina ha precisado que no se requiere como presupuesto una ‘demostración inequívoca’ de actividad delictiva anterior, sino que bastan ‘sospechas suficientes de esta actividad’, basta que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se ordena se efectuarían llamadas vinculadas con la comisión de

los delitos investigados, las que conducirían a esclarecer dichas actividades ilícitas (Sentencias Rivalora, de 4-3-1998; Núñez, de 7-9-1998; Chueque, de 28-3-2003). Lo que se requiere, dice la jurisprudencia germana, seguida por la STSE 1758/2002, de 23-12-2002, es un grado de sospecha adecuada a la fase inicial de investigación, caracterizado doctrinalmente como la ‘sospecha inicial simple’, basada en la existencia de ‘puntos de apoyo fácticos suficientes desde la perspectiva de la experiencia criminalística’. Los datos objetivos, en que ha de apoyarse la resolución judicial, requieren, primero, que sean accesibles a terceros, para garantizar el control; y, segundo, que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona del imputado. Tales datos objetivos permitirán precisar que la línea telefónica indicada era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación prospectiva (STCE 197/2009, de 28 de septiembre).

La resolución habilitante no solo se debe indicar los hechos investigados –los que precisan de intervención de las comunicaciones–, su calificación jurídico-penal, la imputación de dichos hechos y delito a la persona a quien se refiere la escucha –nombre y dirección del afectado, si se conociera– y la exteriorización de los indicios respecto de los hechos y de la persona afectada con la medida. Además debe señalar el teléfono o teléfonos respecto de que se acuerda someter a escucha, la relación entre el teléfono (o teléfonos) y las personas a quien se les imputa el delito –los fijados por la ley: sancionados con pena superior a los cuatro años de privación de libertad–, la forma de la interceptación y su alcance, el tiempo que habrá de durar la escucha, y la indicación de la dependencia policial o Fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro (STSE 1109/2006, de 16 de noviembre. Artículo 230, apartados 1, 2 y 3, del CPP). Además, el Juez comunicará al Fiscal requirente la habilitación concedida, y mediante oficio comunicará a la empresa concesionaria de servicios públicos de telecomunicaciones la orden judicial, a fin de que facilite la medida y guarde la reserva necesaria para la eficaz ejecución de la medida.

7.11.3. Proporcionalidad. La medida de intervención telefónica se autoriza en tanto en cuanto resulta necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como, entre otros, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (STCE 18 de septiembre de 2002). Debe existir un correlato entre la medida de intervención telefónica, su duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social (STSE de 18-6-1992).

La autorización judicial de la medida de interceptación telefónica ha de estar sustentada en una norma que la habilite –que sea asequible y precisa, que determine el alcance y las modalidades de su ejercicio–. Ha de ser, conforme al artículo 230.1 CPP, absolutamente necesaria –por no existir otros medios de investigación menos lesivos y cuando, de otra manera, la investigación de las circunstancias no ofrecería probabilidad alguna de éxito o se tornaría considerablemente más difícil–. Se trata de dos perspectivas del análisis de la necesidad, tanto desde la probable utilidad cuanto de su cualidad de insustituible, pues si no es probable que se obtenga datos esenciales para la investigación o puedan éstos lograrse por medios menos gravosos para los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad vetaría su adopción (STCE 13/1985, de 31 de enero).

Además, debe referirse a delitos graves y de trascendencia social evidente: estricta proporcionalidad, y realizarse en los marcos de una investigación preparatoria en curso –incluye las diligencias preliminares–. La gravedad de la intervención telefónica –el nivel de afectación a la esfera jurídica del afectado– requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar (STSE de 2-6-2010). Será de constatar, también, que junto al secreto formal de las comunicaciones telefónicas a intervenir, no concurra otro secreto de naturaleza material, cual es el caso del secreto profesional, no siendo por ello lícito intervenir el teléfono del abogado del sospechoso, salvo en los supuestos en los que deba ser considerado imputado como autor principal o partícipe.

El plazo de la medida –siempre de duración limitada, prórroga incluida–, que importa el límite temporal de la misma, está vinculado a este principio, que debe ser adecuado a la finalidad de la medida, a las condiciones y entidad de la investigación y del hecho punible investigado. Luego, el plazo y sus prórrogas (sesenta días, prorrogables excepcionalmente por plazos sucesivos, a solicitud del Fiscal y mediante auto motivado: artículo 230.6 CPP), están limitadas al tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y siempre que subsistan las causas que motivaron la interceptación [MARCHENA/GONZÁLEZ-CUELLAR]. El CPP insiste en la necesidad que el auto de prórroga debe ser fundado y que las prórrogas son excepcionales. Tal motivación propia se entiende porque la intervención telefónica ha de atender a las circunstancias concretas concurrentes en todo momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las mismas razones que, en su día, determinaron la decisión, pues sólo así pueden ser conocidas y supervisadas (STCE 181/1995, de 11 de diciembre). La viabilidad de la prórroga requiere que la Fiscalía aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada en atención a tales datos; la intervención en curso ha de arrojar resultados sugestivos de la comisión de delito (SSTSE de 16-2-2007 y 9-12-2010).

Una última nota de la proporcionalidad es el control judicial de la ejecución de la intervención telefónica. Ésta se integra al contenido constitucionalmente protegido del derecho al secreto de las comunicaciones, que requiere de la fijación de un plazo de duración y de los períodos en que se debe dar cuenta de los resultados de la intervención, así como el seguimiento por el fiscal –o el juez– de las vicisitudes del desarrollo y cese de la medida. Distinto es el caso del control judicial de las cintas, custodia de los originales, transcripción de sus contenidos, audición o cotejo⁷, cuyas irregularidades no constituyen verdaderamente

⁷ **Artículo 231 CPP 1.** “[...] Las grabaciones, indicios y/o evidencias recolectadas durante el desarrollo de la ejecución de la medida [...] y el Acta de Recolección y Control serán entregados al Fiscal, quien dispone su conservación con todas las medidas de seguridad al alcance [...]. **2.** [...] Posteriormente, el Fiscal o el Juez podrán disponer la

una vulneración del citado derecho fundamental, pues no tiene lugar durante la ejecución de acto limitativo de derechos sino con ocasión de la incorporación de su resultado a las actuaciones procesales, sin perjuicio de su relevancia a efectos de la prueba de los hechos investigados (STCE 167/2002, de 18 de septiembre).

- 7.11.4.** Especialidad. Deriva de la proporcionalidad de la medida (necesidad, subsidiaridad y estricta proporcionalidad). Se ha de especificar lo indicios, el delito que de los mismos se desprende y la persona que aparece como sospechosa de ser la autora del mismo: aquí se explica la necesidad de que se haya incoado una investigación preparatoria, mínimamente en el nivel de diligencias preliminares. El delito debe aludir a un hecho concreto plenamente subsumible dentro de un tipo legal grave, del que existan indicios de criminalidad razonables.

Además, ha de referirse a una persona concreta: el investigado, de quien se reputa está vinculado al delito objeto de averiguaciones. Se considera, como lo ha decidido la Casación Argentina (Asunto Reynoso, de 11-6-1999), que de todos modos no es una necesaria una identificación exhaustiva de la identidad nominal del imputado o sospechoso –inicialmente, en muchas ocasiones, iniciada una investigación se llega a conocer de la existencia de un individuo no plenamente identificado, con un nombre o un alias–. Basta con indicios de que utilizará una línea telefónica determinada. No es, pues, imprescindible la identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir.

Puntualizó, al respecto, la STSE 712/2012, de 26 de septiembre, con cita de la STCE 104/2006, de 3 de abril, que no se puede excluir la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir. Asimismo, expresó: “A la vista de los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía –por

transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones serán conservadas hasta la culminación del proceso penal [...]”.

ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de los teléfonos— esas exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas”.

La finalidad de la intervención de las comunicaciones, como toda medida restrictiva de derechos, es “...lograr los fines de esclarecimiento del proceso,...” (artículo 202 CPP). Desde esta finalidad amplia, desde luego, es legítima la identificación de otros sospechosos de los que se carece cualquier otro dato de identidad, pues no supone indeterminación subjetiva alguna. La plena identificación de un número que luego resulta intervenido, no es indispensable para la legitimidad de la injerencia. En esta perspectiva la STSE 309/2010, de 31 de marzo, aclaró lo siguiente: “[...] lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad es ‘la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas’. Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquellas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionados con el delito investigado [...]”.

El Subcapítulo II, Intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, del Capítulo VII, El control de comunicaciones y documentos privados, del Título III, La búsqueda de pruebas y restricción de derechos, de la Sección II, La prueba, del Libro II, La actividad procesal, a diferencia del artículo 270 del Código de Procedimiento Penal Italiano, no contiene una disposición que regule la utilización de las intervención telefónicas en otro proceso penal, tanto como *notitia criminis* cuanto como medio de prueba —en España recién se incorporó una disposición específica mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre—.

No obstante ello, es plenamente factible reconocer esta posibilidad desde la propia lógica estructural del derecho a la prueba. Desde luego, la regla general es que los resultados de una intervención telefónica sólo pueden ser utilizados en el proceso en el cual había sido efectuada la escucha. Empero, cabe reconocer su plena utilización en otros procesos, siempre que se constate que en el primer

proceso la intervención telefónica cumplió los requisitos constitucionales y legales oportunos, por lo que han de aportarse al segundo proceso las piezas procesales para acreditar tal legitimidad y, con ello, poder realizar el pertinente control jurisdiccional [CASANOVA].

Ahora bien, ante un cuestionamiento en el momento procesal oportuno por la parte a quien afecta esas escuchas telefónicas, si las actuaciones son insuficientes o no se han presentado, en tanto no existen nulidad o inutilizaciones presuntas, debe otorgarse a la parte que las propuso que justifique la legitimidad o licitud cuestionadas (Acuerdo del Tribunal Supremo Español 1/2005, de 26 de mayo); y, si el cuestionamiento no se promueve en la estación procesal oportuna –en la etapa intermedia o, antes, en el curso de la etapa de investigación preparatoria– no podrá suscitarse en ulteriores instancias; no son válidas las impugnaciones extemporáneas (Acuerdo del Tribunal Supremo Español de 26 de mayo de 2009). Sobre esto último la STSE 689/2014, de 21 de diciembre, estipuló que “...la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias”. Se parte de la premisa, salvo prueba en contrario, de que las autoridades han adecuado su actuación a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución, ya que sería absurdo entender que como no constan las actuaciones iniciales de las intervenciones telefónicas en una causa distinta hay que pensar que no hubo autorización judicial de las escuchas o la misma no fue motivada y justificada (STSE 689/2014, de 21 de octubre).

Una limitación, sin embargo, es de reconocerse. El nuevo proceso, por el delito que corresponda, debe permitir a su vez la posibilidad de intervenciones de comunicaciones y telecomunicaciones, con lo que respeta el principio de proporcionalidad [CASANOVA].

7.12. Tutela penal

La protección legal contra la interceptación ilícita es tanto de carácter penal como procesal. Así, el artículo 162 del CP sanciona al que, in debidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar; la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, y si el agente es funcionario público la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación. Se protege, en este caso, el ejercicio fundamental de comunicarse libremente, sin interferencias ni coacciones de ningún tipo y en secreto a través del cable telefónico o similar.

La doctrina penalista entiende que este tipo legal recoge dos supuestos delictivos de actuación del agente, siempre contrario a derecho (sin consentimiento de los participantes o sin mandamiento judicial):

- 7.12.1. Interferir, que importa que el agente intercepta, obstruye o dificulta una comunicación telefónica que se viene realizando entre terceros. Esto es, el agente se interpone o asoma a la conversación para que el mensaje no llegue al destinatario.
- 7.12.2. Escuchar, que significa que el agente, sin dificultar ni obstruir la comunicación entre emisor y receptor, toma conocimiento del mensaje sin que estos conozcan lo que está sucediendo.

7.13. Inutilización probatoria

La vulneración de la exigencia de mandato judicial, motivado, también tiene repercusiones negativas en sede procesal, en tanto en cuanto la información que se obtenga quiera ser aportada en el proceso penal. Dos son las normas matrices que el CPP consagra respecto de la prueba ilícita.

- 7.13.1. El artículo VIII del Título Preliminar establece, de un lado, que la obtención de una fuente de prueba y la incorporación de la misma (medio de prueba) debe llevarse a cabo, para su debida valoración, por un procedimiento constitucionalmente legítimo; y, de otro, que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona —el precepto en mención hace referencia tanto a la prueba originaria cuanto a la derivada, aun cuando la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, siguiendo la Jurisprudencia estadounidense, ha venido identificando una serie de excepciones en aras de afirmar, en cada caso, la presencia de un interés prevalente—.
- 7.13.2. El artículo 159 del CPP, en concordancia con los artículos 155.1 y 157.1 del mismo Código⁸, precisa que la sanción procesal

⁸ **Artículo 155.1 del CPP:** “La actividad probatoria en el proceso penal está regulada (i) por la Constitución, (ii) los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y (iii) por este Código”.

Artículo 157.1 del CPP: “Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley [...]”.

Artículo 159 del CPP: “El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

para fuentes o medios de prueba, obtenidos o actuados, con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es su inutilización, que impide categóricamente al juez comprenderlas en la formación de cualesquiera decisiones que pueda emitir: auto o sentencia.

7.14. La intervención de comunicaciones

Se entiende que el contenido esencial o, mejor dicho, el contenido constitucionalmente protegible del derecho al secreto de las comunicaciones, comprende la comunicación misma entre dos o más personas, a la que nadie puede acceder, salvo autorización de los participantes en la comunicación o por orden motivada del juez –principio de exclusividad de la jurisdicción– en los marcos de un procedimiento que cumpla con las garantías legalmente previstas. La orden judicial y las exigencias o presupuestos para que sea acordada son los señalados anteriormente. La ejecución y control de la ejecución, existiendo normas con rango de ley que las desarrollan, son de mera legalidad ordinaria, cuya vulneración sólo causa la nulidad de actuaciones. Es de aclarar, sin embargo, que si en la ejecución de la interceptación media extralimitación material o temporal en el uso de la autorización, lo que se afecta es el contenido esencial del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones.

Estas garantías han de referirse a los mecanismos para la autorización de la orden, a los rigores en su ejecución y a los controles ulteriores por parte del afectado. La orden judicial –presupuestos de su emisión y requisitos de su contenido referidos a la proporcionalidad de la medida– y el cuidado en los mecanismos de su obtención, que garanticen seguridad, eficacia y objetividad en el procedimiento de ejecución de la medida, se erigen en los elementos que integran el contenido esencial del mencionado Derecho Constitucional, cuya vulneración determina la inutilización del elemento de prueba, esto es, de la información recabada.

Si la intervención telefónica se hubiera adoptado con vulneración de lo dispuesto en el artículo 2.10 de la Constitución o de cualquier otro derecho fundamental procesal (artículos 139.3 de la Constitución: debido proceso, y 2.24.e de la Ley Fundamental: presunción de inocencia), surge el problema de determinar cuál será la extensión de la inutilización probatoria; si ha de quedar ceñido al contenido fáctico del soporte electrónico reproducido en el juicio y a las pruebas que directamente deriva de ella o si, por el contrario ha de extenderse a

todas las pruebas que directa o indirectamente tengan como causa aquella prueba ilícita [GIMENO]. La respuesta no puede ser otra que la segunda, por imperio del artículo 159 del CPP. Cabe puntualizar que el derecho vulnerado será, de un lado, el material del artículo 2.10 Constitucional y, de otro lado, el procesal del artículo 139.3 de la Constitución, sin perjuicio que también pueda afectarse el artículo 2.24.e de la Ley Fundamental. La inutilización del contenido de las grabaciones se extenderá a las demás pruebas que se obtuvieron como consecuencia de la información inconstitucional (prueba refleja), y ésta lo será aquella información causalmente derivada de la primera.

La legitimación activa para invocar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, desde la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 Const.), no está limitada a la víctima titular del derecho vulnerado, sino también a quien ostente un “interés legítimo”, noción mucho más amplia que “derecho subjetivo” o “interés directo”. Por tanto, es suficiente que un sujeto jurídico se encuentre en una determinada situación jurídico-material identificable con un interés en sentido propio, cualificado y específico, para ostentar la indicada legitimación activa (STSE 263/2003, de 19 de febrero).

El CPP regula lo que denomina, bajo inspiración italiana, “Medios de búsqueda de pruebas y restricción de derechos”, precisamente en el Título III de la Sección II referida a la prueba. En la parte general, Capítulo I, denominado “Preceptos Generales”, fija las exigencias comunes a las diversas medidas instrumentales restrictivas de derechos que autoriza.

Toda medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos es, propiamente, un acto de investigación limitativo de un derecho fundamental destinado a descubrir los hechos punibles que se han producido y sus circunstancias, y la persona o personas que los haya podido cometer –garantizan, pues, el proceso de conocimiento–. No cabe duda que la intervención telefónica es un acto de investigación limitativo de un derecho fundamental: el secreto o confidencialidad de las comunicaciones telefónicas, y que se dirige a buscar y adquirir las fuentes de la investigación.

El Código Procesal Penal ha previsto una amplia gama de actos que limitan derechos fundamentales, pero según su entidad o nivel de la afectación a su contenido constitucionalmente protegible, ha dividido la intervención de la autoridad penal (Policía, Fiscal y Juez) de distinto modo e intensidad, de cara a su preconstitución probatoria. Es importante reconocer la opción por el reconocimiento de afectaciones leves, medias e intensas de los derechos

fundamentales –propuesto por ALEXY y en su día adoptado por el Tribunal Constitucional Alemán en la conocida sentencia sobre el tabaco–, a fin de articular de una manera adecuada la autonomía y rol de director de la investigación del Ministerio Público con la salvaguarda de los derechos fundamentales, reconociendo a la Fiscalía un desarrollo autónomo de las acciones básicas relativas a sus competencias y que no supongan una amenaza media o intensa para la dignidad del individuo y los derechos fundamentales que la garantizan, y de otro aplicar la máxima *in dubio pro libertate* para que las afectaciones medias e intensas requieran el control previo de necesidad y proporcionalidad del Juez de la Investigación Preparatoria. Así se tiene:

1. Actos realizados por la policía en las diligencias de prevención: control de alcoholemia, registro de personas;
2. Actos efectuados por la policía con dación en cuenta al Fiscal: pesquisas, retenciones para pesquisas, mínimas intervenciones corporales.
3. Actos cumplidos por la policía con orden del fiscal: video vigilancia, aseguramiento de documentos contables y administrativos.
4. Actos realizados por el Fiscal por ejecución directa: reconocimiento de personas.
5. Actos llevados a cabo por el Fiscal con necesidad de resolución confirmatoria judicial: incautación forzosa de bienes por peligro por la demora, examen corporal de una mujer de urgencia que comprometa el pudor.
6. Actos formalizados por el Fiscal con orden judicial: intervención y grabación de comunicaciones, allanamiento, levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

7.15. Legalidad procesal

La restricción de derechos está sometida al principio de legalidad. El artículo 202 CPP precisa que su objeto, constitucionalmente lícito, se circunscribe a la finalidad de esclarecimiento del proceso, y que la autoridad penal ha de actuar siguiendo las prescripciones de la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

Como los actos de investigación son realizados por la Fiscalía y su ayudante principal: la Policía, corresponde al juez autorizar la medida que ésta solicita y, luego que la ejecuta la Fiscalía, controlar debidamente su corrección jurídica. Los

presupuestos para la autorización judicial de restricción de derechos fundamentales están recogidos en el artículo 202 del CPP⁹, mientras que las condiciones y la ejecución de la medida lo están en el artículo 203 del CPP¹⁰.

7.16. Presupuestos

Por imperativo de la Constitución la adopción de la medida se somete al cumplimiento de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad.

El Fiscal, en los marcos de una investigación en curso, debe formular un requerimiento motivado. La cantidad de indicios delictivos (suficientes elementos de convicción, tal como prescribe la ley) está en función al momento en que se solicite la medida, a las características limitativas y entidad lesiva de la medida a solicitarse, y a la gravedad del hecho que necesita esclarecerse —ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia; por tanto, a la simple manifestación de la Policía o de la Fiscalía ha de acompañarse algún otro dato o de algunos que permitan al juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad (así, por ejemplo, Auto del Tribunal Supremo Español, Asunto Naseiro, de 18-6-1992)—. Debe existir una imputación concreta —criterio de especialidad: no se puede abrir una prospección sobre la conducta de una persona en general—. El juez, que es el sujeto activo u ordenante, ha de realizar un juicio de proporcionalidad, sobre la base de las exigencias que prevé la ley, y de la necesidad, subsidiaridad y estricta proporcionalidad.

Además de la autorización judicial, la medida aprobada debe, de una u otra forma, controlarse en su desarrollo y cese. Integra el control la posibilidad de impugnación y del reexamen de la medida, “...si nuevas circunstancias establecen la necesidad de un cambio de la misma”.

7.17. Naturaleza jurídica de la intervención telefónica

La regulación específica de la intervención, grabación, registros de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, como se dice en

⁹ **Artículo 202 CPP:** “Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”.

¹⁰ **Artículo 203 CPP: 1.** “Las medidas [...] deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida en que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, [...]. **2.** [...] El Juez de la Investigación Preparatoria, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno [...]”.

el artículo 230 del CPP, está prevista en el subcapítulo II, bajo el título de “La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones”, de marcada influencia italiana y alemana.

La intervención telefónica se concibe como un instrumento procesal penal instructorio o investigativo de naturaleza compleja, al constituir:

- 7.17.1. Una restricción al derecho fundamental a la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas privadas, no consentida por los interesados y desconocida por ellos.
- 7.17.2. Adoptada en el curso de una investigación preparatoria –generalmente en sus momentos iniciales o diligencias preliminares– por necesidad de la averiguación adelantada, para (i) investigar hechos presunta pero fundadamente constitutivos en graves delitos; (ii) recabar en su caso fuentes de prueba; y (iii) asegurar tales fuentes para el juicio oral.
- 7.17.3. Procurando que la medida dure y se extienda lo menos posible, al afectar tanto al derecho a la confidencialidad de las comunicaciones como al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.

La actividad de captación de la conversación no es una fuente o medio de prueba. Es una técnica que pueda dar lugar a la obtención de elementos de prueba a valorar un día. Por ello, esta medida es un elemento de un medio de prueba [CARBONE].

7.18. La intervención telefónica

Se ha de entender por intervención telefónica, en los términos del artículo 230 CPP, el acto de investigación en cuya virtud el juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del fiscal, con relación a un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y en el curso de una investigación preparatoria –incluida las diligencias preliminares–, decide, mediante auto especialmente motivado, que un funcionario policial o de la Fiscalía proceda a la “*obtención por escucha u otro medio de los contenidos de una comunicación telefónica, mediante el uso de cualquier dispositivo electrónico, mecánico o de otro tipo*” (Ley USA Omnibus Crime Control and Safe Streets U.S.C. Act de 1968), en cuya virtud efectuará la grabación o registro magnetofónico u otro medio que asegure la fidelidad del registro de éstas durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del delito y la participación de su autor.

Como se está ante una medida limitativa, de cara al principio de intervención indiciaria, si los motivos que determinaron su dación desaparecen, debe ser interrumpida inmediatamente.

7.19. Requerimiento fiscal y auto judicial

En cuanto al requerimiento y la decisión jurisdiccional, es de destacar lo siguiente:

- 7.19.1.** El requerimiento fiscal debe cumplir con los siguientes requisitos, que a su vez se trasladarán al auto judicial: **(i)** la presencia de indicios delictivos suficientes, acompañando los recaudos correspondientes; **(ii)** el concreto o preciso delito investigado – que ha de ser uno sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad–; **(iii)** el juicio de necesidad de la medida –que según la ley requerirá de una absoluta necesidad “...*para proseguir con las investigaciones*”–; **(iv)** la identificación contra quien ha de dirigirse la medida, que será contra el investigado o contra los que reciben o tramitan por cuenta de aquél determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación (cfr.: artículo 100A *in fine* OPP: “... *sólo contra el inculpado o contra personas respecto de las cuales y en base a determinados hechos puede suponerse que transmiten al inculpado determinadas comunicaciones o difunden las transmitidas por éste, o que el inculpado utiliza a dichas personas como enlace*”); **(v)** el nombre y dirección del afectado, la identidad del teléfono a intervenir y gravar o registrar; y, **(vi)** la forma de interceptación –la modalidad puede consistir básicamente en la escucha directa de las conversaciones, en su grabado y/o en la transcripción de lo grabado–, su alcance y duración.
- 7.19.2.** El juez de la Investigación Preparatoria ha de resolverlo mediante trámite reservado e inmediatamente. Este mismo procedimiento rige el trámite de prórroga, que pueden ser sucesivas, y que, por ejemplo, la ley alemana limita a tres como máximo. El plazo de duración no puede ser superior a los 30 días, salvo prórroga. Si bien la ley no limita al número de prórrogas ha de entenderse que éstas no pueden prolongarse ilimitadamente. En su delimitación, necesariamente judicial, desde luego, el juez ha de tomar en cuenta, como un referente importante, el derecho comparado inmediato, las necesidades de la causa y la exigencia

de límites prudenciales al proceder de las autoridades para evitar un estado de cosas que degeneren en excesos, desviación o abuso de poder.

- 7.19.3.** El auto judicial ha de ser motivado. Debe plasmar el juicio de ponderación sobre la necesidad de la medida. Debe valorar la necesidad de la misma en función de la suficiencia de indicios de criminalidad –en rigor, de iniciales elementos indiciarios, precisamente porque la necesidad de la medida tiene lugar, por lo general, en los primeros momentos de la investigación (STSE 75/2003, de 23-1-2003), siempre con suficiente base objetiva (STCE 49/1999, de 5-4-1999), respecto de los que no cabe una constatación previa judicial (STSE 1426/2002, de 18-7-2002)– y al cumplimiento de los demás presupuestos de la proporcionalidad. Como requisitos específicos ha de determinar al destinatario de la medida –a las personas afectadas– y el número de teléfono, así como el delito o delitos cuyo esclarecimiento constituyen la causa y finalidad de la intervención. Además, debe indicar a la autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación o registro.

Sólo de esta manera será posible comprobar: (i) su legitimidad de origen (cumplimiento de los presupuestos), (ii) su legalidad de ejercicio (requisitos procedimentales), y (iii) la validez de las fuentes de prueba obtenidas, como resultado final.

7.20. Ejecución de la medida (artículo 231 del CPP)

La ejecución de la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas, por razones obvias es secreta –es la única forma de evitar su inutilidad–. Corresponde a la Fiscalía o a la Policía, bajo la dirección de la primera, con el auxilio de las empresas de telefonía. Los que intervienen en esas operaciones deben guardar secreto de lo que se obtenga. Las comunicaciones serán registradas mediante su grabación o por el medio técnico que asegure la fidelidad del registro. Las grabaciones serán entregadas al fiscal, quien debe conservarlas con las medidas de seguridad correspondientes. Todo ese procedimiento debe figurar en las actas Recolección.

El Fiscal dispondrá la transcripción escrita de la grabación, levantándose el acta de Control, sin perjuicio de la conservación de los originales y mantenimiento de

la reserva. Como el fiscal tiene el señorío de la investigación y le corresponde probar la comisión del delito, la ley le reconoce la facultad de apartar las comunicaciones irrelevantes, y entregarlas a las personas afectadas, destruyendo la transcripción o copia de ellas, lo que se dejará constancia en el acta pertinente.

Culminada la intervención y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquélla, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado –deberá asegurarse que las grabaciones íntegras estén a disposición de las defensas, para su crítica, contraste y posible solicitud de complemento–.

La notificación al afectado, en sede de investigación preparatoria, está condicionada a que no se ponga en peligro la vida o integridad corporal de terceros y si el objeto de la investigación lo permitiere. Desde luego el Fiscal instará motivadamente al juez esa posibilidad del secreto, que el Juez decidirá reservadamente, fijando en su caso el plazo para el necesario descubrimiento.

7.21. Intervención del afectado

La comunicación a los afectados, persigue que éstos puedan revisar las grabaciones y actas. El plazo para hacerlo es de tres días –por razones obvias vinculadas a la extensión de las mismas y dificultad de su acceso el Juez, muy bien, puede fijar un plazo judicial–. Si el afectado encuentra algunas objeciones a las grabaciones –actuadas fuera de plazo o al margen de la autorización judicial, o a su autenticidad– o a las transcripciones –falta de fidelidad con la grabación–, puede instar el re examen judicial –el cuestionamiento ha de ser concreto o específico y señalará qué se busca obtener con el reexamen–. El reexamen judicial se lleva a cabo mediante una audiencia convocada al efecto con la concurrencia del fiscal y de los afectados –directos o indirectos– y su defensa. La audiencia de reexamen está dirigida a verificar sus resultados y, en su caso, impugnar las decisiones dictadas en ese acto [si el imputado no reconoce como propia la voz grabada será del caso disponer la realización de una pericia, cuya realización en modo alguno significa una lesión al derecho a la autoincriminación y al silencio por tratarse de una modalidad de prueba]. Se entiende que si no las objeta, su admisión a la causa para su posterior incorporación al debate queda consolidada.

Si el acto pasa el reexamen judicial, tiene una naturaleza de prueba documental preconstituida, y su contenido puede ser introducido en el juicio oral a través de su audición o de la lectura de la transcripción (artículo 383º.1.e del CPP; las transcripciones, ha dicho el Tribunal Supremo Español, pueden sustituir a la audición en la audiencia pública: STSE de 21-12-1998. Ambas posibilidades,

por ejemplo, son admitidas por el BGH (Tribunal Supremo Federal Alemán) en la sentencia de 3-5-1997. Queda claro que la audición de las grabaciones en el acto oral no es imprescindible, pues puede ser sustituida por la reproducción de los folios que incorporan las grabaciones, salvo claro está que lo insten las partes para constatar algún dato o aspecto relevante.

Como es obvio los efectos de lo obtenido dependen del cumplimiento de los requisitos legales: si todo se ha realizado conforme a la legalidad, estaremos ante una fuente de prueba que podrá ser reproducida en el juicio oral. Si por el contrario, se ha incumplido algún requisito, dependerá de la importancia de éste el grado de ineficacia: no es lo mismo que se carezca de autorización judicial a que no se haya realizado una correcta selección de las conversaciones [BANACLOCHE].

7.22. La reforma operada por el Decreto Legislativo 1605

7.22.1. Nociones generales

El Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023, procura actualizar el uso de los medios tecnológicos de investigación del delito. En su virtud, y para esta medida en concreto, modificó los dos artículos del Subcapítulo II, La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones: artículos 230 y 231 del CPP. El *nomen iuris* del artículo 230 CPP fue ampliado, para denominarse “**Intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles**”. La intervención de las comunicaciones, expresamente, se extiende a todo tipo de sistema o plataforma de transmisión radial, telefónica, satelital, digital, por internet u otras formas de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). De ahí que es mejor denominar a esta medida instrumental restrictiva de derechos como “intervención de comunicaciones”.

7.22.2. Intervención de comunicaciones. Presupuestos

La orden judicial de intervención de comunicaciones, en cuanto a los sujetos activos, como ya se dejó sentado, se insta al juez de la investigación preparatoria por el fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, siempre a partir de una investigación en curso (principio de especialidad). Se solicita al juez la intervención, monitoreo o grabación de todo tipo de

comunicaciones (telefónicas, radiales, internet o de otras formas de comunicación), así como los registros de los datos derivados de las comunicaciones. A tal efecto, como presupuesto, se requiere sospecha suficiente (principio de intervención indiciaria) para considerar la comisión de un delito concreto (principio de especialidad) sancionado con pena superior a cuatro años de privación de libertad (requisito legal, base del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto) y que sea absolutamente necesario hacerlo para proseguir con las investigaciones, sin que sean factibles otras medidas menos gravosas con equivalente efectividad (subprincipio de necesidad o indispensabilidad). Implícito está el cumplimiento del subprincipio de adecuación, de suerte que sea razonable estimar que con el recurso a esta medida será factible obtener información útil para el esclarecimiento de los hechos investigados.

El sujeto pasivo de la medida, en principio, es el imputado o investigado, pero puede extenderse a quien recibe o tramite por cuenta de este último determinadas comunicaciones, o que el imputado utiliza su comunicación a través de cualquier medio o servicio; o sea, todo tipo, sistema o plataforma de transmisión radial telefónica, satelital, digital, por internet u otras formas de TIC.

La modificación del precepto analizado incorpora la “intervención de comunicaciones de emergencia”. Esta medida, acelerada, se plantea cuando se amenace inminentemente la vida, la integridad o la libertad personal de la víctima. El fiscal, una vez recibido el informe preliminar de la Policía, deberá pedir la intervención dentro de las veinticuatro horas y el juez deberá decidir, igualmente, dentro de las veinticuatro horas del requerimiento fiscal. Lo específico, además, de esta intervención de emergencia es que la información y facilidades de las empresas prestadoras de servicios de comunicaciones que operan en el país deben hacerlo dentro de las veinticuatro horas de recibido el mandato judicial. La orden es para que las citadas empresas se comuniquen directamente con el juez que cursó el mandato, así como también con la Fiscalía. Éstas han de dar las facilidades para la intervención, grabación o registro de las comunicaciones,

que, además, si así se dispone, incluirá la geolocalización, en tiempo real y en forma ininterrumpida.

Una obligación anexa de las empresas operadoras o concesionarias es que los servidores de las empresas deben acondicionar y adecuar su tecnología para la conectividad automatizada con el sistema de intervención y control de las comunicaciones de la Policía Nacional; y, en su día, deben otorgar acceso, la conectividad automatizada con el sistema de intervención y control de las comunicaciones de la Policía Nacional.

8. Diligencia de allanamiento y registro

8.1. Diligencia de allanamiento. Concepto

A. Aspectos generales

El derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho de la personalidad que impide la entrada o registro de un domicilio sin el consentimiento del titular y sin previa autorización judicial, salvo en caso de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración [BALAGUER CALLEJÓN]. Este derecho se encuentra contenido en el artículo 2º.9 de nuestra Constitución Política, limitable en los supuestos establecidos por ley¹¹. Los límites que establece la ley para franquear este derecho, en materia penal, se encuentran recogidos en el artículo 214º CPP, junto con los supuestos de flagrancia delictiva y grave posibilidad de comisión de un delito como supuestos de injerencia sin que media una orden judicial¹². Se trata de una protección meramente instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona (STSE de 24 de enero de 1996); no puede equipararse, por lo demás, domicilio y propiedad (STSE de 6 de abril de 1993).

¹¹ Artículo 2.9 Constitución: Toda persona tiene derecho a (...) “la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habilita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”.

¹² Artículo 214.1 CPP: “Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta al imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto”.

La protección de la inviolabilidad de domicilio se encuentra estrechamente vinculada con la protección a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad. El derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, se trate de poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad. El derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito especial determinado: el domicilio, como aquél lugar en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen una de sus libertades más íntimas (STCE 22/84, de 17 de febrero). Por consiguiente, el concepto de domicilio es fundamental para el Derecho por cuanto la persona necesita un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones [ÁLVAREZ RODRÍGUEZ/RÍUS DIEGO]. Ese lugar de ocupación, siempre un ámbito cerrado –aunque se incluye espacios parcialmente abiertos, de suerte que mejor sería denominarlo “espacio aislado” [GONZÁLEZ-TREVIJANO]–, incluye la ocupación temporal o accidental (STSE de 24 de octubre de 1992).

GIMENO SENDRA apunta que por diligencia común de entrada (allanamiento) cabe entender la resolución judicial por la que se restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio con el objeto de practicar la detención del imputado o de asegurar el cuerpo del delito. Esta definición es conexas con la disposición contenida en el artículo 214°.1 CPP, pues establece como presupuestos para la práctica de esta diligencia que se persiga la ubicación y captura del imputado o de una persona evadida, o el aseguramiento de bienes o cuerpo del delito. Como acertadamente apunta GÓMEZ COLOMER, se trata de dos diligencias en una, íntimamente unidas, pues se entra a un lugar cerrado para registrarlo y que cumpla dos finalidades: (i) asegurar las pruebas o piezas de convicción (pruebas físicas o materiales) para que estén a disposición de las partes; (ii) detener al presunto culpable que se sospecha se encuentra en un determinado domicilio.

Cabe aclarar que si bien todo registro de un lugar presupone su penetración (la STCE 22/1984, de 17 de febrero, acota que se ha de entender por entrada no sólo la penetración directa, sino también la realizada por medio de aparatos mecánicos, electrónicos y otros análogos), la entrada no siempre implica la realización de las operaciones de búsqueda y reconocimiento propias de aquél. La simple entrada en un lugar se practica cuando hubiese indicios de encontrarse allí la persona presunta responsable de los hechos delictivos –para detenerla–. El registro, si se sospecha de la presencia de efectos o instrumentos del delito,

o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación [ARAGONESES MARTÍNEZ].

B. *Notas esenciales*

Las notas esenciales de esta diligencia son:

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

C. *Naturaleza jurídica*

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

8.2. Finalidad

ASENCIO MELLADO destaca:

1. La entrada a un lugar cerrado constituye un acto de investigación por medio del cual, y además de la obtención de futuras pruebas, se pretenden otras finalidades, tal como la adopción de una medida cautelar. Es, como acota Gimeno, un acto indirecto de preconstitución de la prueba.
2. El registro es igualmente un acto de investigación, pero en este caso su utilidad se limita a la obtención de futuras fuentes de pruebas o simplemente de elementos útiles para la investigación. Si se realiza con todas la garantías, se podrá incorporar al juicio oral con valor probatorio indiscutible a merced de su irrepetibilidad. Su adopción limita el derecho la intimidad en todos sus aspectos, personal y familiar.

8.3. Elementos subjetivos

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

A. *Sujetos activos: el Juez y el Fiscal*

Conforme dispone el artículo 214.1 del CPP¹³, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario. En su solicitud el Fiscal debe consignar la ubicación concreta o exacta del lugar que será registrado, igualmente la finalidad específica de esta medida y, finalmente, las diligencias a practicar y el tiempo que aproximadamente durará.

Al tratarse de una limitación de un derecho constitucional, se exige un mayor deber de motivación del órgano jurisdiccional al momento de autorizar el allanamiento. El juez, quien es la única autoridad autorizada para decretar esta medida, debe manifestar la finalidad específica del allanamiento, esto es, debe precisar de manera detallada que la decisión adoptada responde a la posible ubicación del imputado en un determinado domicilio o cuando se busque ubicar

¹³ Artículo 214.1 CPP: “Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta al imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto”.

los instrumentos para la comisión del delito o sus efectos. El auto que autoriza la entrada y registro, que no exponga cuáles son los indicios que requiere el artículo 214.1 del CPP, es inconstitucional y, en consecuencia, no podrá admitirse esa diligencia como prueba pre constituida.

Por otro lado, la decisión judicial debe indicar la forma en que práctica el acto, las medidas de coerción que puedan corresponder, la designación detallada del inmueble o casa negocio donde se practicará la diligencia, el tiempo de duración de la misma. La resistencia a las personas a no autorizar el ingreso puede dar lugar a la responsabilidad por delito de desobediencia y resistencia a la autoridad (artículo 368 del CP¹⁴).

B. Sujeto pasivo

La redacción del artículo 216.1 del CPP nos dirige a identificar que el destinatario de esta diligencia es el imputado, siempre que se encuentre presente¹⁵. La presencia del imputado no constituye solo un mero requisito procesal, sino que su exigencia tiene una clara conexión con el principio de contradicción [STSE de 29 de diciembre de 2000]. Precisamente al momento de practicarse el allanamiento y registro domiciliario es cuando se posibilita el principio de contradicción pues, posteriormente, la prueba ya queda constituida con el acta levantada por el magistrado y secretario judicial

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

¹⁴ Artículo 368 CP: "El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años".

¹⁵ Artículo 216.1 CPP: "Al iniciarse la diligencia se entregará una copia de la autorización al imputado siempre que se encuentre presente o a quien tenga la disponibilidad actual del lugar, comunicándole la facultad que tiene de hacerse representar o asistir por una persona de su confianza".

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

Una interpretación literal del artículo 214.1 del CPP parece que nos lleva a entender que el imputado ha de revestir necesariamente la cualidad de persona física, por lo que cabría preguntarse si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de esta diligencia. La primera cuestión a dilucidar es si la inviolabilidad del domicilio que, como se ha subrayado, apunta a la protección de la vida privada y familiar de las personas, también se proyecta las personas jurídicas. El Tribunal Constitucional Peruano ha destacado que cuando la Constitución protege el derecho a la inviolabilidad del domicilio lo que busca, teleológicamente, es evitar las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros a un espacio privado. El objeto de este derecho es proteger un espacio físico inmune a la penetración de cualquiera sin consentimiento de su titular, por ser un espacio privado. Por tanto, las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en la medida que éstas puedan ser titulares de espacios físico para desarrollar su objeto social.

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

En el Perú recientemente el Congreso aprobó una ley, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional –ampliada a otros delitos según la última gran reforma del proceso penal–, y que instaura un sistema de responsabilidad penal autónomo que permite sancionar directa y exclusivamente a las empresas vinculadas a los actos de corrupción internacional, aun cuando sus ejecutivos o representantes

no resulten investigados o condenados. Este cambio legislativo, sin duda, abre la puerta a predicar que las personas jurídicas, ya reconocida su responsabilidad 'penal', podrán ser objeto de medidas de allanamiento y, en general, de búsqueda o restricción de derechos. Sin embargo, esta normativa de carácter sustantiva no ha previsto nada, a diferencia de la legislación española, en relación a los cambios en el aspecto procesal.

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

8.4. Objeto material

A. *El domicilio*

El objeto material de esta diligencia es el domicilio, no necesariamente identificable con el de morada habitual (STSE de 11 de julio de 1996). Sin embargo, la cuestión fundamental reside en determinar qué se considera como domicilio. ¿Es domicilio el lugar de residencia habitual de las personas físicas? ¿También puede ser incluido el lugar transitorio donde la persona física tiene una expectativa de privacidad o intimidad?

La consideración de un determinado espacio físico como domicilio dependerá de que se considere que constituye un lugar idóneo para que sus moradores, permanentes o temporales, desarrollen su vida privada, al margen de las intromisiones ajenas, sin perjuicio de que puedan realizar otras actividades [BALAGUER CALLEJÓN]; la STSE de 1 de abril de 2002 insistió en que el domicilio, constitucionalmente garantizado, es sinónimo de lugar cerrado en el que discurre la vida privada, individual o familiar, lugar íntimo en donde la persona humana desenvuelve sus vivencias. La regla, es entonces la casa y todas sus dependencias, unidas entre sí sin comunicación interior incluso, que estén destinadas al servicio constante y exclusivo de los moradores (STSE de 28 de octubre de 1990 y STEDH

“N”, de 16 de diciembre de 1992); las viviendas pueden ser principales o segundas viviendas, que refleja los constantes lazos del titular con ella (STEDH GILLOW, de 24 de noviembre de 1986).

Los espacios negativos –que no reconoce al titular la facultad de excluir a otros de ese ámbito espacial que se entiende como reservado–, que no podrán ser consideradas domicilio, son: (i) aquellos en los que se demuestra en forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural o política, o de cualquier otra índole; (ii) aquellos que, por sus propias características, nunca podrán ser considerados aptos para desarrollar en ellos actividad privada, esto es, los espacios abiertos –quienes se encuentran en ellos no tienen una pretensión de privacidad, que el lugar no les puede proporcionar (STSE de 1 de marzo de 1999). El propio carácter constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

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

B. Los vehículos

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

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

C. *Otras Habitaciones*

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

Así las cosas, por ejemplo, no puede considerarse domicilio las habitaciones de hoteles, pensiones y establecimientos similares alquiladas por horas cuando éstas ya han sido desocupadas y en donde el dueño no vive allí; si lo son, en cambio, las tiendas de campaña –en su interior se realizan actividades privadas–. Por otro lado, son domicilios los despachos profesionales, no abiertos al público por sus titulares, pues pertenecen a su esfera de privacidad (STSE de 11 de octubre de 1993 y STEDH Niemietz de 16 de diciembre de 1992); así como los locales de negocio, en tanto no se admite libremente el acceso a terceros (STSE de 14 de abril de 1994) –aquí, como en el caso anterior, no se realizan actividad propias de la intimidad (STSE de 6 de julio de 1995)–; todos ellos son “lugares de trabajo”, de igual manera las dependencias del Estado y los despachos de los funcionarios públicos (STSE de 17 de febrero de 1997). Asimismo, están excluidos de la protección domiciliaria los departamentos no habitados, las casa aún no habitadas, las casas abandonadas –que no son destinadas a vivir, sino, por ejemplo, a comercializar drogas–, los ascensores, cobertizos, portales de la vivienda, los garajes –en tanto en cuanto no estén unidos a la vivienda ni dispongan

de acceso interno a la misma (STSE de 19 de febrero de 1998), salvo el caso de un local destinado a la venta de comestibles anejo a la vivienda, aunque tuviese acceso a ella (STSE de 20 de octubre de 1994)—, las literas de un tren (STSE de 22 de diciembre de 1997), las celdas en las prisiones —son lugares cerrados que no constituyen domicilio y sí edificios públicos (STSE de 24 de noviembre de 1995)—, las habitaciones en internados o centros de formación policial o militar —como están situados en los bloques de las instalaciones respectivas y se excluye patentemente la posibilidad de elección son considerados edificios públicos, ausencia de la nota de voluntariedad que exige en sí mismo el concepto de domicilio—. Respecto de las personas jurídicas, con independencia de su designación formal o no como domicilio social, estarán protegidos aquellos lugares que custodien de alguna manera la intimidad inherente a la actuación privada de las mismas [RODRÍGUEZ SOL].

D. Hallazgos casuales

El punto central es si se ingresa con un objeto determinado: capturar a un delincuente o incautar drogas, —vinculado con el principio de especialidad de la autorización, circunscripta a un delito concreto—, ¿Se puede registrar el domicilio e incautar otros bienes delictivos? La Corte Suprema de Estados Unidos configuró la “*plain view doctrine*” (Sentencias Harris, Coolidge y Horton, de 1968, 1971 y 1990, respectivamente). Ésta requiere: **A.** Que el procedimiento de ingreso o inspección inicial sea legítimo, y basado en una orden de allanamiento o en una de las excepciones legalmente admitidas —flagrancia y consentimiento—. **B.** Que los ítem no contemplados en la autorización o distintos de los tenidos en mira al ingresar, sean distintos de aquéllos que la policía, a través de su vista, olfato, sonido o tacto —esto es lo que se llama, “a simple vista”, que importa la observación de un bien delictivo sin necesidad de nada adicional a sus sentidos—, esté en condiciones de indicar como reveladores de una actividad criminal. En estos casos no existen inconvenientes para la incautación de lo encontrado.

Desde otra perspectiva, los llamados “hallazgos casuales” en una diligencia de allanamiento y registro no se considera una novación de la investigación sino de simple adición a ella, por aplicación de las normas de conexión [PÉREZ CRUZ MARTÍN]. Se estima que en esos casos la Policía se encuentra ante un delito flagrante. Dice al respecto la STSE de 28 de abril de 1995 que “...no se puede exigir a la Policía que suspenda la entrada cuando se da esta circunstancia de delito flagrante para solicitar un nuevo mandamiento, que automáticamente le sería concedido, exponiéndose a la fuga del responsable o a la destrucción o desaparición del cuerpo del delito o de sus pruebas objetivas [...] Así pues, la entrada en sí fue lícita y la flagrancia del hecho delictivo que por así

decirlo, sin querer se encontró delante de sus ojos la Policía Judicial, exceptúa, según el tenor literal del artículo constitucional, del requisito formal y de la protección de ese domicilio con aquella garantía”. Lo que se exige es que esos bienes y a quienes resulten ser sus propietarios a disposición de la autoridad competente (STSE de 25 de abril de 1996), así como que se cumpla con el requisito de proporcionalidad –referido a un delito grave– y que la autorización y práctica del registro se ajuste, por lo demás, a las exigencias y prevenciones legales y constitucionales (STSE 11489/1997, de 26 de septiembre).

Pugna con la lógica que se pueda solicitar un mandamiento de registro para localizar algo que ya se ha encontrado previamente y que incluso está siendo objeto de medidas de coerción o instrumentales restrictivas de derechos para impedir su desaparición. Hay que tener en cuenta, además, que una vez que se ha iniciado el registro y se producido el hallazgo casual, el derecho a la inviolabilidad del domicilio no va a verse afectado por ese descubrimiento en mayor medida de lo que se vio y ha afectado inicialmente [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA]. A diferencia de lo que sucede a propósito de los hallazgos casuales que se producen en el curso de una intervención telefónica, es posible en este caso investigar el delito sin necesidad de renovación del mandamiento judicial de entrada y registro, pues, la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración un tiempo susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintas [CALDERÓN-CHOCLÁN].

8.5. Requisitos formales

Dada la circunstancia que significa la diligencia de allanamiento pues incide en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, impone un deber de motivación. A esta exigencia se ha puesto otra constitucional que es la aplicación de la proporcionalidad de la medida que debe informar toda limitación de derechos fundamentales (artículo 203.1 del CPP¹⁶)¹⁷.

¹⁶ Artículo 203.1 PP: “Las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público”.

¹⁷ En España, por ejemplo, el artículo 558 LECRIM dispone que: “El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan solo de día y la autoridad o funcionario que los haya de practicar”.

A. Motivación

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

2. Dado que en esta diligencia se incide en un derecho fundamental y atendiendo a la vigencia del principio de proporcionalidad, el auto debe expresar el juicio de necesidad de la medida, donde deben consignarse los indicios racionales aportados por la imputación, de manera que se pueda apreciarse la justificación objetiva para la entrada –no ha de existir otra alternativa menos gravosa y su adopción debe revestir un carácter indispensable–. La STSE de 7 de marzo de 2005 ha detallado cuáles serían los contenidos mínimos para verificar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad del registro ordenado: i) La naturaleza y gravedad de los hechos investigados, así como la relación con la persona afectada por la medida; con la indicación de si la misma es adoptada con ocasión de un proceso judicial en curso o si tiene su origen en una petición fiscal-policial, producido también en el seno de las diligencias preliminares de investigación, que habría de permitir la apertura de un proceso judicial por ese mismo presunto delito que hasta entonces solo estaba policialmente investigado; ii) la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas de la perpetración delictiva, o que estas pudieran resultar destruidas; y también sobre la inexistencia o dificultad de acudir a otros mecanismos menos onerosos para obtener tales pruebas –no se aceptan las meras conjeturas, sino sospechas fundadas (STCE 16/2000, de 16 de mayo); indicios constatables en actuaciones y que pueden ser, obviamente, los que le facilita la policía o la Fiscalía en el *petitum* de la diligencia, ampliados o no según lo estime el juez, y otros, en todo caso, expresivos de la racionalidad de la noticia y probabilidad de la existencia del ilícito que se quiera comprobar, así como llegar

al conocimiento de los autores o intervención de los efectos e instrumentos de la infracción (STSE de 17 de abril d 1995)–; y, **iii**) la existencia de un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no procederse a dicha diligencia de entrada y registro.

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

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

B. Notificación

Al tratarse de un domicilio particular, el auto que contiene la autorización debe ser entregado en copia al imputado o, en su defecto, a quien tenga la disponibilidad del lugar donde se hará la diligencia –la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Tercera, en la Sentencia 305/2002, de cinco de abril, entendió que si se trata de un adolescente que es la única persona presente en ese momento, la notificación tiene pleno valor, a cuyo efecto mencionó que la mayoría de edad no constituye requisito para estar a cargo de un inmueble–. A falta de estas dos personas, el Código Procesal Penal en el inciso 2) del artículo 216 ha previsto que se podrá notificar en forma válida a un vecino, a una persona que conviva con él y, a falta de ellos, al portero o quien haga sus veces¹⁸.

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

Ahora bien, el juez debe tomar las medidas oportunas, tanto para evitar la fuga del imputado (a través de su detención), como el ocultamiento de las fuentes de pruebas. A su vez, las autoridades que participan en la diligencia deben de preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentran en el lugar allanado (artículo 216.3 del CPP¹⁹). La STC 41/1998 destaca que si bien las personas denunciadas están sometidas a la sospecha de la comisión de un delito, no puede olvidarse su derecho a la presunción de inocencia que le asiste, al menos mientras no se sentencie su culpabilidad, con fundamento a las pruebas practicadas en un juicio oral, por un Tribunal imparcial.

C. *Tiempo*

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

Se exige que en el auto que autoriza el allanamiento el órgano jurisdiccional precise el tiempo de duración de la diligencia (artículo 215.1 del CPP²⁰). Asimismo, se establece que la duración máxima de la orden será de dos semanas, luego caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por un tiempo determinado o para un período determinado. En estos supuestos, el juez deberá plasmar las razones que justifican esta medida.

8.6. Consentimiento

Si bien expresamente no se encuentra regulado en nuestra legislación procesal el consentimiento como causa válida para permitir el ingreso a un domicilio, esto se puede desprender de lo preceptuado en el artículo 214.1 del CPP cuando dispone que se efectuará el allanamiento y registro domiciliario: *“siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado*

¹⁹ Artículo 21.3 CPP: *“La diligencia se circunscribirá a lo autorizado, redactándose el acta. Durante su desarrollo se adoptarán las precauciones necesarias para preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentran en el local allanado”.*

²⁰ Artículo 215.1 CPP: *“La resolución autoritativa contendrá: el nombre del Fiscal autorizado, la finalidad específica del allanamiento y, de ser el caso, las medidas de coerción que correspondan, la designación precisa del inmueble que será allanado y registrado, el tiempo máximo de duración de la diligencia, y el apercibimiento de Ley para el caso de resistencia al mandato”*

recinto”. Al tratarse de un bien jurídico de carácter individual, el titular puede disponer el ingreso de las autoridades encargadas de la persecución del delito, si lo estimara conveniente. El consentimiento “...importa un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental” (STSE 5777/1998, de 27 de abril).

Para que el consentimiento tenga plena validez tiene que haber sido emitido por una persona –el morador– con capacidad de goce y de ejercicio, así como también, debe ser formulado sin que medie coacción o intimidación de parte de la autoridad pública –ser prestado libre y espontáneamente: STSE 5777/1998, de 27 de abril–. El consentimiento prestado por una persona mayor de edad y capaz ha de presumirse válido; el consentimiento será nulo cuando concurre alguna de las causas que lo invalidan conforme a derecho –error esencial, violencia o intimidación– (STSE de 18 de febrero de 1994). Éste, por lo demás, puede ser expreso, tácito o presunto.

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

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

La STSE 779/2006, de 12 de julio, analizó un caso vinculado a la presencia de varias personas en el domicilio donde se iba a practicar la diligencia de allanamiento. El Supremo Tribunal determinó que cuando sean varias las

personas que habitan un mismo domicilio no es necesario el consentimiento de todos ellos, bastando el consentimiento de uno de sus co-titulares, salvo que existan intereses contrapuestos. Igualmente agregó que: *“el derecho a la intimidad de cada uno de los moradores cede ante la previsión legal que autoriza su restricción cuando se trata de la investigación de delitos graves, de forma que se respete el principio de proporcionalidad”*. Lo que sí es indiferente es el concepto jurídico en virtud del cual ostenta posesión: propietario, usufructuario, arrendatario, precarista... [PAZ RUBIO].

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

8.7. El estado de necesidad

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

Se trata de un caso de estado de necesidad justificante que se da en los supuestos en que se produce una entrada domiciliaria en virtud de la protección de un bien jurídico superior como la vida o la integridad de una persona. Este peligro para la vida o la integridad puede provenir de las fuerzas de la naturaleza, de una actuación humana ilícita. En estos grupos de casos no será necesario el consentimiento del titular del bien jurídico domicilio para legitimar el ingreso de la persona que se encuentra en estado de necesidad. Un ejemplo lo proporciona el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal de Costa Rica, que incluye razones humanitarias o de necesidad: (i) se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito; (ii) se introduzca en un local algún imputado de un delito grave a quien se persiga para su aprehensión, y, (iii) voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.

8.8. El allanamiento en flagrancia delictiva o de inminencia delictiva

8.8.1. Algunos datos esenciales:

- A. Excepcionalmente, como está establecido en nuestra Constitución (artículo 2.9), el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede ser limitado cuando la Policía y el Fiscal están en los supuestos de delito flagrante o de grave peligro de perpetración del delito.
- B. El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [STSE de 3 de febrero de 2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia. Indicaba CARNELUTTI con respecto a la flagrancia: “*flagrancia es el delito, en general, mientras se ve, o sea para quien lo ve cometer... Esto quiere decir que la flagrancia no es un modo de ser, el delito en sí, sino del delito respecto a una persona... la flagrancia no es... sino la visibilidad del delito* [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].
- C. Las notas sustantivas que distingue la flagrancia delictiva son: **a)** inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, **b)** inmediatez corporal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. Las *notas adjetivas* que integran el delito flagrante son: **a)** la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material filmico o fotografías (medio audiovisual), nunca meramente presuntiva o indiciaria, de ambas condiciones materiales –simples sospechas sin percepción directa de la comisión de un delito, o percepciones tras inmiscuirse excesivamente en la intimidad ajeno, como ocurre cuando se pega una oreja en la pared, o vigilancias policiales del predio si no se advierte una exigencia de urgencia para la intervención inmediata (SSTS 472/1997, de 14 de abril; 172/1997, de 13 de febrero, y 13/1997, de 20 de enero)–; y, **b)** la necesidad urgente de la intervención

policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (Conforme: SSTSE de 28 de diciembre de 1994 y de 7 de marzo de 2007). Por lo demás, la noción general de “delito flagrante” requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva (STCE 341/1993).

- D.** Lo expuesto comprende lo que la doctrina procesalista reconoce como tres tipos de flagrancia: **1.** Flagrancia estricta: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. **2.** Cuasi flagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito. **3.** Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención –en pureza, que viene de ‘intervenir’– en el hecho delictivo [LÓPEZ BETANCOURT].
- E.** La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito.

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

Es cierto que la modificación del artículo 259 del CPP²¹, establecida por la Ley número 29596, de 25 de agosto de 2010, amplió, exagerada e irrazonablemente,

²¹ Artículo 259 CPP: “La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando: **1.** El agente es descubierto en la realización del hecho punible. **2.** El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto. **3.** El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado

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

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

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

dentro de las 24 horas de producido el hecho punible. 4. El agente es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.

Un supuesto de flagrancia externa –que, en otros países, se contempla legalmente– se da cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por la Policía, se oculte o refugie en alguna casa. En estos casos es obvio la presencia de los dos pilares fundamentales sobre los que construye el concepto de flagrancia: percepción sensorial del delito y la urgencia que determina la necesidad de la intervención.

9. Los allanamientos inconstitucionales

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

- (i) Si la medida limita un derecho fundamental –la inviolabilidad de domicilio– y vulnera un requisito esencial para su adopción – como la existencia de una resolución motivada, salvo los supuestos de flagrancia, necesidad, consentimiento y estados de emergencia causalmente vinculados– su ausencia determina la ilegitimidad constitucional de la medida, que acarrea la imposibilidad de su admisión como prueba en el ordenamiento, es decir, la sanción es la exclusión de dicho elemento probatorio y de la denominada “prueba refleja” –aquellas que se basan, apoyan o derivan de la prueba originaria inconstitucional–: inutilización probatoria (artículos VIII.2 TP y 159 del CPP). No cabe, por tanto, subsanabilidad alguna del acto por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.
- (ii) Respecto de la prueba derivada o refleja, se entiende que no tienen esa condición para su exclusión probatoria: a) las declaraciones de las personas sorprendidas en el interior del domicilio no son pruebas ‘independientes’, pues están directamente conexas con la entrada y registro ilícitamente practicada (STSE 472/1997, de 14 de abril); y, b) la desconexión causal entre pruebas originarias y pruebas derivadas siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como “hallazgo inevitable” (STSE 39/1998, de 24 de enero).
- (iii) Puede resultar que como consecuencia de determinadas irregularidades cometidas en la práctica de un registro constitucionalmente lícito se

violen otros derechos fundamentales como el de defensa, pero ello será como consecuencia del registro, es decir, será la obtención de la prueba la que vulnera el derecho, pero no será la vulneración del derecho el medio utilizado para obtener la prueba, esencialmente porque no se puede producir la indefensión en tanto el imputado no tenga que defenderse de algo, y sólo cuando la prueba sea admitida puede quedar efectivamente indefenso. En estos casos la sanción es la nulidad de los actos que hayan prescindido de las garantías del proceso o hayan generado indefensión (artículo 150.d del CPP), sin que anule el efecto reflejo propio de la prueba obtenida con vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

- (iv) Finalmente, se reserva la categoría de pruebas o diligencias irregulares a casos vinculados incumplimiento de requisitos no esenciales y que, por tanto, son subsanables, irrelevantes o no impliquen indefensión material. Por ejemplo, no se identificó correctamente el color de la casa o el número de departamento. La contravención de la legalidad ordinaria es fácilmente subsanable.

2. Específicamente, en cuanto a la determinación de los efectos derivados de la violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, así como el resto de derechos que fundamentan la protección domiciliaria, se distingue entre los materiales y los procesales. Los primeros se refieren a la responsabilidad penal y disciplinaria en que incurren los funcionarios cuando practican la diligencia de allanamiento originada por la violación dolosa del ámbito domiciliario. En cuanto a los segundos, de destaca la sanción procesal aparejada a la práctica de la prueba prohibida.

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

incólume si lo que en ellos consta es posible acreditarlo por otro medio como la confesión del imputado [STCE 167/2002].

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

10. Registro e intervención corporal

10.1. El registro corporal

Es una medida restrictiva realizada por la Policía –por sí o por orden del Fiscal–, de carácter preprocesal, expresamente reconocida por el artículo 210 CPP, que sólo puede realizarse legítimamente cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes delictivos, y como tal consiste en el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del intervenido, y que puede comprender no sólo las vestimentas que llevare sino también el equipaje o bultos que portare y el vehículo utilizado.

A. Esta medida no sólo tiene una expresa previsión legal –perspectiva formal–, que regula sus presupuestos, ámbito, sujetos autorizados, procedimiento y garantías para el afectado, sino que además desde una perspectiva material exige “...*fundadas razones para considerar que una persona oculta bienes delictivos*”. Ello es así porque, como es obvio, la obligación de esclarecer los delitos y garantizar la seguridad ciudadana no puede significar que el ordenamiento jurídico autorice procedimientos policiales cuando no existan razones para sospechar de un ciudadano. Se trata de una noción, sin duda relativamente indeterminada, pero que de todas maneras exige a la autoridad una ponderación de las circunstancias previas, de los indicios, que determinan su intervención, tales como las características y calificación del lugar, lo ocurrido previa y concurrentemente, y las circunstancias en que se halla una persona o su actitud ante la presencia policial, que a su vez expresen un racional espíritu investigador. Es de insistir en la necesidad de indicios profesionalmente evaluados –que supone una intervención razonablemente fundamentada– y que implica un juicio *ex ante* basado en la lógica, la

experiencia y razones de urgencia, que determina la intervención, y que supone desde la perspectiva *ex post* que tal intervención se acredite como racionalmente justificada [URBANO].

La Suprema Corte de Estados Unidos, por ejemplo, en el Asunto Terry vs. Ohio, de 1968, exige en esos casos una *reasonable suspicion* (reasonable grounds en la Police And Criminal Evidence Act de 1984 – PACE británica) –y muy parecida a las “fundadas razones”, de nuestro CPP, y, en todo a la sospecha simple o sencilla del Derecho Alemán (einfachen tatverdacht) en contraposición a las sospechas fundadas exigible para acordar prisión preventiva (*dringenden tatverdacht*)–, que concretó cuando la autoridad observa una conducta inusual que le conduce razonablemente a concluir a la luz de su experiencia que puede existir una conducta criminal y que las caso, personas con las que se está tratando están armadas y son peligrosas –según nuestro Código, “...ocultan en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito”–; o en el curso de la investigación la autoridad se identifica como policía y hace preguntas razonables, o cuando nada en los momentos preliminares del encuentro sirve para despejar su razonable temor por su seguridad o la de otros, de que es portador de bienes peligrosos –esto último para el caso de armas, explosivos o sustancias contaminadas o contaminantes–. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, por ejemplo, también considera razonable un registro personal, cuando la policía advierte, al acercarse a una persona, un especial nerviosismo, lo que denotaría según la experiencia criminalística un comportamiento característico de quien lleva ocultos objetos cuya posesión no es lícita (ATS 522/1995, de 7 de marzo), o cuando ésta al advertir la presencia policial pretende irse (ATS del 4 de junio de 1997), o previamente incurrió en infracción de tráfico y al acercarse el personal policial mostró especial nerviosismo (ATS 138/1996, de 24 de enero).

- B.** En las operaciones policiales preventivas de control del delito o cuando se está al inicio de una investigación del delito, el registro personal –siempre realizado directamente por la policía– se decide, *motu proprio*, por la Policía o por el Fiscal; en el primer caso, el requisito de control instaura es la comunicación del registro al Fiscal. Esta medida, como se ha expuesto, al ser superficial y no importar una mayor intromisión en los derechos fundamentales del individuo, no requiere autorización judicial previa –por lo demás, la Constitución no lo impone– ni tampoco la presencia de abogado. En el primer caso –ausencia de mandamiento judicial– porque,

a la luz del artículo 210 CPP, se trata de intromisiones leves en los derechos fundamentales, y porque son actuaciones que se practican bajo la urgencia y no permiten dilación alguna; en el segundo caso (ausencia de abogado defensor) porque, igualmente, se trata de una actuación inmediata en que la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia, y la presencia del abogado no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva, en la que solo tendría sentido el comprobar la vigencia de las exigencias allí afirmadas cuando el cacheo alcanza una mayor intensidad, importa una mayor intromisión en los derechos fundamentales del individuo [DÍAZ CABIALE].

- C. El ámbito del registro personal siempre tiene un carácter superficial sobre la parte externa del cuerpo de una persona dirigido a averiguar si la persona registrada posee algún bien delictivo. Un “cacheo”, inevitablemente, puede incidir en el derecho a la intimidad corporal, en tanto implique palpar zonas íntimas de una persona –no realizar exploraciones en la vagina o en el recto–, pero para evitar un atentado al principio de proporcionalidad –prohibición del exceso– debe realizarse por una persona del mismo sexo del intervenido. Además de las vestimentas, el registro puede extenderse o comprender: **1)** el equipaje o bultos que portare; y, **2)** el vehículo utilizado para su transporte. Y, aún cuando en ambos casos, desde luego, se afecta el derecho a la intimidad personal –no la intimidad corporal– no se trata de una injerencia ilegítima, en tanto se cumplan en su decisión y ejecución los principios, ya revisados, de intervención indiciaria –existencia de sospecha racional– y de proporcionalidad.
- D. El procedimiento que fija la ley se orienta, en primer lugar, a cuidar que el registro tenga lugar con seriedad y orden, asegurando los derechos del afectado con la medida; y, en segundo lugar, a preconstituir sus hallazgos a través de la confección de un acta. Los pasos que han de seguirse, son: **1)** explicar las razones de la ejecución del registro, especialmente respecto a los registros de equipaje, bultos y vehicular; **2)** invitar a la persona –en el caso de registro personal– a que exhiba y entregue el bien buscado, que positivo no se procederá al registro, salvo que “...se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones”; **3)** realizar el registro propiamente de ser debe demorar el tiempo estrictamente necesario y ser consecuente con el bien buscado, que justificaron las sospechas, para lo cual previamente debe hacerse saber al afectado que tiene derecho a hacerse asistir en ese acto por una persona de su confianza, “...salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación”; y, **4)** levantar un acta que dé cuenta, objetivamente, de todo lo acontecido,

y que será firmado por todos los concurrentes al acto, lo cual significa, materialmente, que el afectado debe estar presente durante la realización del registro, lo que es imprescindible, pues al tratarse de una diligencia irreplicable conviene satisfacer al máximo el principio de contradicción, cosa que se consigue con la presencia de la persona afectada [CLIMENT DURAN].

10.2. La intervención corporal

Es un acto de investigación, propio de la actividad investigadora de la Policía y del Ministerio Público (vid.: arts. 159.4 y 166 Const.) que tiene por objeto el cuerpo de una persona, sin necesidad de obtener su consentimiento, y tiende a buscar, dentro de él, el cuerpo del delito o los instrumentos o los efectos del delito -“...hechos significativos de la investigación...” dice el artículo 211 CPP,- [QUISPE FARFÁN]. Cuerpo del delito en sentido estricto, es el conjunto de elementos materiales y manifestaciones externas producidos directamente por el delito en las personas o en las cosas objeto del mismo; instrumentos del delito, son aquellas cosas empleadas para la comisión de delitos (relación de medio a fin); y, efectos del delito, son las cosas obtenidas como resultado del hecho punible, efecto o resultado de la acción [ALMAGRO].

Tres requisitos adicionales son exigibles: (i) necesidad de presencia de un médico o un profesional especializado -el nivel de complejidad del examen determinará que sólo se trate de un enfermero (o personal sanitario que cuente con la especial preparación) o que se requiera de un médico, luego, no puede hacerlo un policía o un personal no especializado, y que se practiquen según su *lex artis*-; (ii) que en ningún caso suponga un daño grave para la salud [GONZÁLEZ-CUÉLLAR]; y, (iii) que no constituya, en si mismo o por la forma de realizarlo, un trato inhumano o degradante [RAFAEL].

Es de agregar 1) que la infracción que la determine sea grave, al punto que el CPP fija valla en 4 años de pena privativa de libertad; 2) que debe mediar proporcionalidad entre la medida y los efectos que de la misma hayan de obtenerse o se espere razonablemente que puedan alcanzarse; y, 3) que no haya otra vía menos traumática para la averiguación del hecho penal [RUIZ VADILLO].

Si bien el cuerpo humano se utiliza como sujeto pasivo del proceso en orden a la investigación y comprobación de los delitos, es de circunscribir la intervención corporal como acto concreto -para diferenciarlo del registro corporal- a aquellos actos que implican, no una búsqueda de objetos en la superficie corporal o en la

cavidades u orificios corporales naturales (v. gr.: registros anales o vaginales), sino una extracción de fluidos del cuerpo humano, tales como análisis de sangre o de orina, punción lumbar, o la realización de exámenes radiológicos o ecográficos, y cualquier otro tipo de actuación sanitaria [ROXIN]. El artículo 211.1 CPP menciona expresamente “...pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas...”. A los efectos de su delimitación conceptual –y por razones de estricta legalidad, pues la intervención corporal requiere autorización judicial– es de puntualizar que las intervenciones corporales implican: **1)** la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial, o **2)** la exposición del cuerpo humano a radiaciones. Sólo será un mero registro o inspección corporal, por ejemplo, los examen dactiloscópicos o antropomórficos, los cacheos policiales, los exámenes anales o vaginales, y, por su carácter mínimo, la inspección de la cavidad bucal –no sólo en ese caso, como dice la STSE de 17 de junio de 1996, no se afecta a partes íntimas del cuerpo, sino que tampoco importan una especial incidencia en una zona sensible o en un ámbito del cuerpo no visible con pretendida vocación de ocultación–.

En el caso del registro corporal éste sirve, indistintamente, para: **(i)** la determinación del imputado –que es el caso de los exámenes dactiloscópicos o antropomórficos–; **(ii)** la determinación de circunstancias relativas a la comisión del delito –los exámenes ginecológicos–; o, **(iii)** para el descubrimiento del delito –las inspecciones anales o vaginales–. En el supuesto de intervención corporal, la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias) o en su exposición a radiaciones, sirven también para averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del delito o a la participación en él del imputado [ORTEGO PÉREZ].

Las intervenciones corporales están sujetas a mandamiento judicial, por el Juez de la Investigación Preparatoria. Como tal, son acordadas durante la Investigación Preparatoria. A estos efectos, esta etapa está integrada por los actos iniciales o “Diligencias Preliminares” y, posteriormente, por la “Investigación Preparatoria” propiamente dicha, que se inicia con la expedición por el Fiscal de la denominada “Disposición de Formalización” –el artículo 336.1 CPP, claramente, estatuye que con dicha Disposición se continúa la Investigación Preparatoria], que se comunica al Juez de la Investigación Preparatoria (artículo 3 CPP). Por consiguiente, no hace falta exigir, para la realización de una intervención corporal, la “Disposición de Formalización” y la respectiva comunicación al Juez competente,

solo que el Fiscal la solicite, y para hacerlo es claro que solo hace falta que esté en curso las denominadas “Diligencias Preparatorias”, cuyo inicio no esta sujeto a formalidad alguna; la propia comunicación de la Policía acerca de una incidencia que amerita la realización de una intervención corporal, sujeto al cumplimiento de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad (artículo 203.1 CPP), es suficiente para que el Fiscal decida la iniciación de las “Diligencias Preparatorias” y pueda solicitar la medida de intervención corporal.

Formalmente, según el artículo 203.2 CPP, el requerimiento del Ministerio Público será motivado y debidamente sustentado; esto es, con explicación fundada de los fundamentos de hechos y jurídicos que lo justifiquen, y con los anexos que constituyan los elementos de convicción que sustenten los presupuestos materiales y formales de la medida solicitada. El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará al respecto mediante auto fundado, el mismo día o al día siguiente. Con tal finalidad, primero, puede correr traslado a los sujetos procesales y, en especial, al afectado, siempre que “...no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida”; y, segundo, convocará una audiencia, con intervención del Fiscal y del afectado –y se realizará con quienes concurran a la misma, conforme a la concordancia de los artículos 8.2 y 203.2 CPP–. La decisión de correr traslado y convocar a una audiencia, es inimpugnable.

Corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria, en este caso, analizar si los motivos, que razonablemente fundados, argüidos por el Fiscal, tienen la fortaleza lógica y probatoria –nosotros diríamos “conviccional”– necesaria para sustentar tanto la “creencia” del Fiscal como el “interés por la investigación”; y, con base en ese análisis, el Juez determinará la razonabilidad y la necesidad de la diligencia requerida por el Fiscal para proceder a autorizarla o negarla [ALBARRACÍN – ARIAS].

La resolución judicial autoritativa no siempre es previa a la intervención corporal. Es posible, conforme al apartado 3) del citado artículo 211 CPP, que la intervención deba practicarse con urgencia cuando hay peligro por la demora, y no puede esperar la orden judicial. Se trata de los supuestos de imposibilidad de orden judicial previa por razones de tiempo, que impiden acudir al Juez y/o que éste resuelva inmediatamente, sin dilación alguna, y porque se presenta una necesidad apremiante, insuperable de otro modo, de riesgo para la medida o la salud del afectado que hace imperativo la realización sin tardanza, al instante, de la intervención corporal. En estos casos, el Fiscal ordenará su realización e instará, inmediatamente –sin trámite alguno– la confirmación judicial. En estos casos,

conforme al artículo 203 CPP, el Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía; también podrá, mediante decisión irrecurrible, correr previo traslado a los sujetos procesales y convocar a una audiencia. El Juez de la Investigación Preparatoria, desde luego, no sólo analizará la presencia de indicios delictivos (sospecha inicial simple o sencilla) y las exigencias del principio de proporcionalidad, sino también si en el caso concreto medió urgencia o peligro por la demora causantes de la realización de la intervención corporal sin orden judicial previa.

La vigencia del principio de proporcionalidad en los supuestos de esta medida se expresa en tres aspectos concretos: **(i)** delitos que permiten la intervención corporal; **(ii)** prescindencia de autorización judicial; y, **(iii)** presencia de abogado defensor.

En virtud del sub-principio de estricta proporcionalidad, una medida como la de intervención corporal, solo puede tener lugar, conforme al artículo 211.1 CPP, si el delito objeto de investigación está sancionado con pena privativa mayor de cuatro años. La amplitud de la norma establece que el criterio para determinar el delito que franquea esta medida es aquel cuya pena máxima supere los cuatro años de pena privativa de libertad –no interesa, a estos efectos, el mínimo conminado o la presencia de penas alternativas–, sin que a ello obste que en el caso concreto pueda ser que la pena que podría imponerse al afectado no supere ese límite (es de significar que cuando se trata de imponer la medida de prisión preventiva –que importa una afectación más grave a un derecho fundamental–, el artículo 268.1,b) CPP estipula que “...la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”).

El artículo 211.5 CPP introduce una clasificación en las medidas de intervención corporal, de trascendental importancia, a los efectos de la preceptiva orden judicial. Existen, entonces, intervenciones corporales mínimas o leves e intervenciones corporales graves. Las primeras, serían aquellas que no entrañen peligro o perjuicio para la salud ni ocasionen sufrimientos a la persona. El CPP las enumera, vía ejemplificativa, entre las que se encuentran, pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello (puede ser también de uñas, de sarro ungueal, siempre que el experto que las lleve a cabo no la considere riesgosa). Se entiende que si el especialista da cuenta de la existencia de un posible riesgo para la salud, se trate de intervención leve o grave, y como quiera que se está una condición de legitimidad del acto, se requerirá orden judicial, la cual se contará necesariamente con previo

dictamen pericial, el cual debe establecer la ausencia de peligro de realizarse la intervención para su puesta en ejecución.

En las intervenciones corporales, como regla, se exige la concurrencia de abogado defensor del afectado. Así lo dispone el apartado 4) del artículo 211 CPP. Sin embargo, su participación está condicionada a que concurra a la citación que se le curse —obviamente la citación no está condicionada a plazos previos ni a la exigencia de otras formalidades adicionales—. Por otro lado, también es posible prescindir de la presencia del defensor cuando “...*exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente*”, en cuyo caso podrá estar presente una persona de la confianza del intervenido, siempre que pueda ser ubicada en ese acto. En el acta que se levante al efecto, con motivo de la realización de la intervención corporal, se indicará la causal invocada para prescindir de la intervención del abogado defensor y de la intervención de la persona de confianza del intervenido. En tanto se trata de un requisito que integra el contenido esencial del derecho o garantía constitucional de defensa procesal, el análisis de valorabilidad que hará el Juez Penal comprenderá si, en efecto, el motivo de la prescindencia es razonable —sí, en efecto, en función a la naturaleza de la diligencia, y a la forma, circunstancias, y urgencia de su realización, no era dable esperar el tiempo que demandaba la ubicación y concurrencia de un abogado al acto—, pues de no ser así la prueba será constitucionalmente prohibida, por imperio del artículo 159 CPP.

Un último requisito de la intervención corporal es, según se ha expuesto, que a través de su realización no se ocasione un trato inhumano o degradante al afectado con la medida. Esto tiene que ver con la valoración del consentimiento del intervenido y con la forma cómo se realice la diligencia.

A. El artículo 211.1 CPP autoriza la realización de la intervención corporal aun sin el consentimiento del imputado. En ese mismo sentido se orienta el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, ordinal vigésimo tercero, que dispone su realización aun sin el consentimiento del afectado, previa orden judicial, siempre que no exista otro medio para descubrir el presunto delito; también acepta esa posibilidad el artículo 81 a) StPO Alemana, que es la fuente de nuestra ley. Un sector de la doctrina considera que el empleo de *vis compulsiva* o coactiva afecta la dignidad de la persona e importa un trato degradante [ORTEGO PÉREZ]. El Tribunal Constitucional Federal Alemán admitió su constitucionalidad (BverfGE 16, 194), en tanto se respete el principio de proporcionalidad, y en el entendido que esas medidas, más allá de importar

una notable injerencia en la integridad corporal, están en función a las características del delito investigado y a la especial situación del imputado: gravedad del hecho y ausencia de riesgo para el afectado. DAHS apunta que desde el subprincipio de adecuación, para superar la resistencia del inculpado a la ejecución de la diligencia de investigación corporal ordenada, es razonable emplear medidas coactivas para lograr la efectividad de la misma [ETXEBERRÍA]. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional Italiana, así en la sentencia 238/1996, y otras anteriores, como la 54/1986, de 24 de marzo, que han señalado que una vez superada la exigencia de norma expresa que autorice las pruebas coactivas –que es el caso peruano– su realización no compromete la dignidad de la persona (ejecutarla sin el consentimiento del afectado no lesiona la dignidad de la persona, no importan un menosprecio). De igual manera, pese a la posición contraria de la jurisprudencia constitucional española (vid.: STC 37/1989), se pronuncia GONZÁLEZ-CUELLAR, pues no aceptarla, a final de cuentas, se privaría de eficacia práctica a estas medidas; en igual sentido se pronuncia ARILLA PLATERO, quien sostiene que “...si se admite la procedencia de una autorización judicial que acuerde la intervención corporal, parece consecuente dotar a la misma de eficacia, recurriendo a la ‘vis compulsiva’, pues de lo contrario, la orden judicial quedaría desvirtuada” [ARILLA PLATERO].

- B.** Como se ha dejado expuesto, las diligencias deben ser realizadas por un médico o un profesional sanitario. El modo de hacerse debe respetar las *lex artis*, y en condiciones que se observe la privacidad del acto y no se someta al afectado a prácticas o maniobras indebidas o claramente violatorias de las reglas que configuren la corrección técnica o científica de la diligencia. Por otro lado, el trato inhumano tampoco tiene cabida en esas diligencias, en tanto que no se ocasiona “en la persona sufrimientos de especial intensidad”; al igual que el trato degradante, en la medida en que no trae consigo “humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la propia imposición (de la medida)” (Cfr.: STC 1429-2002–HC/TC, que en este punto ha seguido la STCE 65/1986, de 22 de mayo, la sentencia del BverfG 16.2002-1093; y, en especial, las sentencias del TEDH de 25 de febrero de 1982, recaída en el Asunto Campbell y Cosans, y, antes, de 25 de abril de 1978, recaída en el asunto Tyrer). Es claro, sin embargo, que por el objetivo que persigue, ninguna medida de intervención corporal es posible de ser considerada,

por ese solo hecho, un trato inhumano o degradante, aunque puede llegar a serlo en razón a los medios utilizados. Incurren en esa desproporción, por los medios, si la intervención por ser excesivamente dolorosa o por la posibilidad que conllevan de provocar trastornos en la salud lesiona la integridad física en una medida superior a lo debido o razonable.

10.3. La intervención corporal a terceros

La intervención corporal no sólo está circunscrita al imputado o de quien se presume fundadamente que está vinculado como autor o partícipe en la comisión de un delito de determinada entidad —que está sancionado con una pena no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad—; también puede recaer en “personas no inculpadas”, conforme lo prescribe el artículo 212 CPP, cuya fuente es el artículo 81 C (1) de la StPO Alemana. Un no inculpado es, desde luego, un testigo —noción en la que se incluye a las víctimas, y al denominado “testigo contaminante”, que es aquella persona que por una u otra circunstancia ha contaminado la recogida del cuerpo del delito—, y la intervención solo puede imponerse en esa condición, sin finalidad incriminatoria.

La admisibilidad de la intervención corporal, en estos casos, está condicionada a que se deba constatar, para el esclarecimiento de los hechos, si en el cuerpo del no inculpado se encuentra determinada huella o secuela del delito. Se trata, a mi juicio, de una noción, sin duda, más restringida que cuerpo del delito, instrumento y efecto del delito, y está radicada en la circunstancia de que el cuerpo del no inculpado se erigió como objeto material del delito y, en consecuencia, sobre el recayó la acción criminal o, en todo caso, sufrió de uno u otro modo un efecto o daño típicamente relevante. Se trata, en suma, de todas aquellas alteraciones causadas directamente por el hecho delictivo en el cuerpo de la víctima, que a su vez permiten obtener conclusiones fundadas acerca de la autoría y sobre la ejecución del hecho, incluyéndose en este concepto las heridas y las lesiones corporales que pueden ser halladas en el cuerpo de la víctima [ETXEBERRIA].

Podría sostenerse, en el ámbito de los atentados sexuales, que el deber de esclarecimiento y de persecución del crimen que está atribuido al Estado no tiene jerarquía suficiente para limitar un derecho constitucional a quien es por completo ajeno a la propia imputación y, por ende, para imponer al agraviado, como obligación procesal, el sometimiento a una intervención corporal: los derechos a la dignidad y a la autodeterminación apoyarían aparentemente esa tesis. Sin embargo, como expusimos en otra ocasión, si bien roda intervención

médica constituye una intromisión en el respeto de la vida privada de las personas, tal derecho fundamental no es absoluto y por tanto, en ciertas ocasiones puede ser restringido en virtud de las necesidades de defensa de importantes intereses colectivos. La intervención de un médico con arreglo a la *lex artis*, su nula afectación a la salud que incluso no ocasiona dolor alguno, y la reserva del propio examen -que en este caso puede ser vaginal o anal para obtener fluidos compatibles con agresión sexual- lograría que los intereses colectivos, compatibles con el debido esclarecimiento de los hechos delictivos y la emisión de un fallo judicial justo, queden satisfechos [SAN MARTÍN].

La imposición coactiva de la intervención solo procede: **a)** si no cabe temer ningún daño para la salud del no inculpado -requisito obvio que se proyecta asimismo, por imperativo del principio de proporcionalidad, a los imputados-, y **b)** si resulta indispensable para la averiguación de la verdad -requisito derivado del subprincipio de necesidad, pero que en este caso exige un canon de valoración mucho más estricto-. De proceder la intervención corporal, el artículo 212.2 CPP dispone que solo puede ser efectuada por un médico. Sin duda es exagerada la norma cuando prescribe que un médico debe realizar la extracción y el análisis sanguíneo -es aceptable que el análisis se realice por personal médico, pero no es razonable que una simple extracción de sangre la realice un médico, vista su nula complicación o riesgo para el paciente-.

El apartado 3) del artículo 212 CPP equipara la negativa al examen o extracción de análisis sanguíneos a la negativa para prestar testimonio (vid.: concordancia del artículo 165 CPP). En estos casos, por encima del deber de colaboración con la justicia y de la exigencia de llegar a la verdad de lo acontecido, prima el derecho a la reserva familiar -que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar- o a la reserva profesional. Acreditado el vínculo familiar o la relación profesional, ese solo hecho, sin consideración adicional alguna, basta para impedir la realización de la intervención corporal. De igual manera, cuando se está ante un menor de edad o un incapaz decide su representante legal, salvo que el imputado esté involucrado en el delito investigado, en cuyo caso decide el Juez.

11. La prueba de alcoholemia

El art. 213 CPP prevé el sometimiento obligatorio a “...*comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado*” tanto por razones de prevención de delitos, cuanto por la inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un

delito, no necesariamente de tránsito referido a manejo de vehículos automotores. Asimismo, una vez que el resultado de la comprobación es positiva o, en todo caso, si el intervenido presenta signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida (drogas), será retenido y conducido coactivamente a un centro de control sanitario para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos, según prescripción del facultativo. En tanto la intervención se debe a la posible comisión de un delito, se reconoce al afectado el derecho de conocer las razones del examen y que puede estar asistido por una persona de su confianza, siempre que ésta se pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad. Conforme al apartado 3 del artículo 213 del CPP, según la reforma operada por el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023, corresponde a la Policía elaborar un acta de las diligencias realizadas al efecto y abre un Libro-Registro en el que hace constar las comprobaciones de aire aspirado realizadas. En caso sea positivo el resultado de la prueba de alcoholemia –se entiende con la prueba de confirmación en sangre o en otros fluidos– comunicará lo ocurrido al Ministerio Público adjuntando un informe razonado de su intervención.

En rigor, la denominada “prueba de alcoholemia” es un acto de investigación de carácter pericial practicado, en una primera fase, por la policía ayudado de un aparato utilizado al efecto; y, en una segunda fase, siempre que resulte positiva, o sin que la espiración de aire sea necesaria cuando se trate de signos evidentes de intoxicación alcohólica o por otra sustancia prohibida, se complementará con la realización de una prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos realizada por un facultativo. Su objeto, como es obvio, estriba en establecer el grado de alcohol u otra droga ingerida. Constituye además una intervención corporal aun cuando suponga una intervención muy leve –es el caso de la espiración de aire–; y, si resulta positivo, se consolidará, ya mediante reconocimientos médicos propiamente dichos, a través de diversos exámenes: análisis de sangre, orina u otros. Su valor probatorio, en el primer acto de detección es meramente indiciaria (de indicio procedimental), sin valor concluyente –de ahí la exigencia de un ulterior reconocimiento médico y de su evitación cuando la intoxicación es evidente– y, en el segundo, se trataría de una prueba pericial preconstituida; ésta sería, en verdad, una fuente de prueba que debe ingresar al proceso no sólo con su efectiva documentación, sino con la declaración de los agentes que participaron en ella [DÍAZ CABIALE]. Esta prueba, en todo caso, no sería necesariamente una prueba directa, sí en cambio una prueba indiciaria, en tanto que la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica o de sustancias prohibidas sirve para deducir fundadamente, por ejemplo, la conducción de un vehículo bajo la influencia de aquellas sustancias, etcétera.

La nota que justifica la prueba de alcoholemia, en punto a la presunta comisión de un delito, será, entre otras: **(i)** cuando el usuario o conductor que aparezca como responsable en un accidente de tránsito; **(ii)** cuando existan síntomas evidentes o manifestaciones de su conducta que permiten advertir que se está bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de otras sustancias prohibidas; y, **(iii)** cuando infrinja las normas de la legislación sobre tránsito.

La prueba de alcoholemia no requiere previo mandato judicial. No sólo porque expresamente no lo impone el artículo 213 CPP, sino porque, además de estar precedida de las notas de urgencia y de necesidad [JIMENO BULNES, y STCE 207/1996, de 16 de diciembre], se trata de simples operaciones médicas –pequeñas extracciones de sangre en la mayoría de los casos– que en modo alguno ocasionan perturbaciones físicas o pueden ocasionar riesgos en la salud del intervenido. Es aplicable, en todo caso, el apartado 5) del artículo 211 CPP que libera de orden judicial las pequeñas extracciones de sangre que no provoquen ningún perjuicio para la salud; sólo se exige la comunicación al Fiscal.

Los métodos alcoholimétricos tienen como uno de sus aspectos más significativos la prolija incidencia en la Constitución; y, en tal virtud, pueden afectar el derecho a la libertad, a la integridad física, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia [GIMENO]. Ya se ha dilucidado los problemas vinculados a la restricción de la personal y a la afectación a la integridad física o corporal. Por tanto, es de referirse a los otros dos derechos fundamentales comprometidos.

A. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (*nemo tenetur se ipsum accusare*), está incorporado en nuestra Constitución por referencia al artículo 8, numeral 2, literal g), de la CADH en virtud del artículo 139.14 de la Ley Fundamental que garantiza el derecho a la defensa procesal [SAN MARTÍN]. Se trata de un derecho de “autodefensa” en su manifestación pasiva, que da la posibilidad a cualquier persona que es objeto de inculpación a defenderse, no actuando contra sí mismo si no lo desea y por lo tanto permaneciendo callada y no admitiendo ni los hechos ni el derecho derivado de los mismos que se le imputa –este derecho se ejerce, precisamente, con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación–. En cuanto a su ámbito, se circunscribe **(i)** a la no exigencia de una conducta activa del imputado que entrañe una declaración que exteriorice un contenido, y **(ii)** siempre que esa declaración importe el reconocimiento inmediato de una infracción. Por tanto, no puede pedirse coactivamente al imputado que declare y responda compulsivamente a

un interrogatorio, cuyas respuestas puedan incriminarlo al importar el reconocimiento, expreso o tácito, de la comisión de una infracción.

Este derecho instrumental se circunscribe a la declaración del imputado, entendida como deposición, manifestación o explicación que realiza acerca de los hechos sobre los que versa la causa, que exteriorice un contenido concreto, incriminatorio, de admisión de culpabilidad. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Constituciones de los países democráticos, entienden que la declaración es una conducta positiva no exigible al imputado, quien además por imperio del derecho a la presunción de inocencia, por inversión de la carga de la prueba —y en relación con lo anterior—, no está obligado a colaborar activamente en el proceso y ello no sólo por medio de no prestar declaración alguna o de un determinado contenido, sino tampoco a través de la exigencia de realización de cualquier conducta que entrañe un comportamiento positivo, esto es, una acción cualquiera de movimiento. Nada se opone, por cierto, al establecimiento de una obligación personal que implique el deber del imputado de soportar pasivamente injerencias en su cuerpo, con las limitaciones necesarias, de extraer datos de carácter objetivo idóneos a la investigación penal [ASCENCIO].

En tal virtud, es evidente que la realización de una intervención corporal, en este caso la extracción de sangre u otras, en tanto solo se obliga al imputado a tolerar pasivamente el examen, y no le impone cooperar de modo activo en él, no viola el principio de pasividad, base de la cláusula de no autoincriminación —se trata de simple obligación de tolerar—. Así, por lo demás, se ha pronunciado la Corte Suprema USA en el asunto *Schmerber vs. California* (757, 1966), que señaló que la extracción de sangre no goza de naturaleza testimonial o comunicativa, en tanto que la Quinta Enmienda de la Constitución Estadounidense solo protege las comunicaciones del acusado, cualquiera que sea la forma que adopten. El TEDH, de igual manera, en STEDH de 21 de diciembre de 2000, recaída en al Asunto *Heaney and McGuinness vs. Irlanda*, párr. 40, precisa que si se trata de material que tenga una existencia independiente de la voluntad del afectado, tal como muestra de sangre, no se afecta ese derecho, circunscrito al respeto del derecho del acusado de permanecer en silencio. Empero, el imputado muy bien puede negarse a pasar la prueba de espiración de aire en tanto se trata de la exigencia de una acción activa o conducta comisiva, pues en ese caso, con la utilización de aparatos electrónicos, se le obliga a que respire [ROXIN].

- B.** El derecho a la presunción de inocencia está reconocido en el artículo 2.24.f) de la Constitución. A su vez, el artículo II del Título Preliminar del CPP condiciona la legitimidad de la sentencia firme a la existencia “[...] de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”. Las pruebas alcoholométricas, por su propia naturaleza pericial, no se erigen en un atentado a la actividad probatoria neutral y garantizada, que ha de llevar a cabo el Estado. Como anotó por ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión n.º 8239/1978, de 2 de diciembre de 1978, estas constituyen una posibilidad ofrecida al acusado de probar un elemento que le disculpa, no establecen una presunción de culpabilidad; un examen de sangre si el resultado es positivo, puede determinar una sentencia condenatoria, pero si ese mismo examen es negativo, puede disculpar al imputado.

12. Las pesquisas

12.1. Aspectos generales

El Capítulo III del Título III “búsqueda de pruebas y restricción de derechos” está dedicado a las pesquisas, siguiendo parcialmente la fuente italiana. Estas comprenden tres artículos (208 al 210 del CPP, modificado por el Decreto Legislativo 1605, de 21-12-2023). Abarca un conjunto de indagaciones materiales, coercitivamente ejecutables al punto de retener a las personas hasta por un tiempo de cuatro horas, realizadas por la Policía, dirigidas al objeto de comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, rastros y otros efectos materiales útiles para la investigación, así como de registrar externamente a las personas, y bolsas, equipaje y vehículos utilizados por éstas, a fin de asegurarlos para el proceso. Se trata de las pesquisas propiamente materiales (inspecciones) y las personales –denominada esta última registro de personas–; a estos efectos, se regula la “retención” para garantizar la eficacia de las pesquisas o perquisiciones, y, apuntan a la búsqueda de lo que puede servir de prueba [MANZINI].

12.2. Inspecciones o pesquisas

Es una indagación material ejecutada por la Policía por sí o por disposición del fiscal –ellos, la policía y/o el fiscal son los sujetos activos de la diligencia– que se realiza cuando existen motivos plausibles (sospecha simple) de que en lugares abiertos (ámbito)–si se trata de lugares cerrados se acudirá al allanamiento y registro, previa orden judicial– se encontrarán rastros del delito o cuando se

considere que en determinado lugar se oculta el imputado o un prófugo. Su objeto es comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere, de utilidad para la investigación. De lo realizado se levanta un acta que describa lo acontecido y, si fuera posible, se recogerá o conservarán los elementos materiales útiles. Si el hecho no dejó rastros o efectos materiales, o si éstos desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado actual y consignará el estado anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición y alteración, con precisión de la información que se contaba respecto de ese conocimiento; análogamente se procederá cuando la persona buscada no se halla en el lugar. Cuando se comprueba el hallazgo propio de la indagación material se comunicará inmediatamente al fiscal. Adicionalmente, de ser posible, se levantarán planos de señales, descriptivos y fotográficos y toda otra operación técnica adecuada (videos, aparatos de medición o de búsqueda, etcétera).

12.3. Retenciones

Es el medio coercitivo, que importa una restricción de mediana intensidad de la libertad personal y de tránsito del afectado, en cuya virtud, para garantizar las pesquisas materiales o personales, se obliga al intervenido a permanecer en el lugar de la diligencia durante todo su desarrollo. El plazo de retención es de solo cuatro horas, luego de las cuales debe liberársele, a menos, según la complejidad de la diligencia, debidamente justificada, se pida al juez y éste autorice su ampliación. No se fija un plazo concreto de ampliación, pero por razones de proporcionalidad éste no puede exceder de otras cuatro horas, a menos que se presenten circunstancias excepcionalmente complejas que así lo requieran.

12.4. Registro de personas

Es una indagación personal –propriadamente una busca material– que la policía, por sí –dando cuenta al fiscal– o por orden de aquél, realiza en toda persona cuando existan fundadas razones para considerar que oculta en su cuerpo o ámbito personal –vestidos, contenedores que porte o ámbitos que lo cierran para transportarlo (vehículos) [CREUS]– bienes relacionados con el delito (el intervenido puede o no ser un imputado, detenido o no), para su ulterior incautación [MANZINI]. Es, pues, como indicara CAFFERATA, una requisita personal, que tiende a facilitar la incautación; es un medio de implementación de la incautación [JAUCHEN]–. En tal virtud, puede definirse como el registro superficial del individuo, palpando su cuerpo o registrando sus ropas, bolsos o maletas –incluso el vehículo utilizado por él–, en búsqueda de bienes relacionados con la

comisión de un delito; cuya decisión y ejecución está en función a la noción de rapidez o urgencia y debe realizarse próximamente; es, en todo caso, una diligencia no invasiva ni físicamente agresiva de cavidades corporales, y debe respetarse la dignidad del intervenido, quien no puede ser obligado a la adopción de posturas ridículas o innecesariamente incómodas durante el cacheo, o a quedarse sin ropa de forma innecesaria [NIEVA].

El principio de intervención indiciaria es, en todo momento, necesario para ejecutar esta indagación y requiere que se base en datos objetivos. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, en el caso “Tumbeiro, Carlos”, de 3 de octubre de 2002, estimó razonable el registro policial de una persona cuando se le encontró en una situación sospechosa, validada, entre otras razones, porque tuvo una conducta evasiva, nerviosismo, comportamiento y vestimenta desusados para la zona, justificación imprecisa de su presencia; mientras la STCE 172/2020, de 19 de noviembre, ha confirmado su validez constitucional. Su vulneración torna arbitraria la diligencia y, por tanto, con entidad para su inutilización –como señaló la Corte Suprema Federal de Estados Unidos en el caso *Byars vs USA*, de 1927, “una requisita ilegal en su inicio no queda validada por lo que resulte de ella”–. Esta medida, en tanto intrusión en el ámbito de la intimidad de una persona [JAUCHEN], solo se legitima por razones de orden público y exigencia de la lucha contra la criminalidad; por ello requiere que se cumplan los requisitos legales correspondientes. Es evidente, por lo demás, que no se vulnera el derecho de defensa, el *ius tacendi*, cuando pese a la oposición del intervenido se lleva a cabo el registro y la ulterior incautación de los bienes presuntamente delictivos, pues en este caso éste no es sujeto u órgano de prueba, sino objeto de prueba –él con su persona es el portador material de la fuente de prueba [JAUCHEN]–. Por ello, se justifica el empleo de la fuerza pública para su ejecución, de suerte que no requiere contar con la colaboración del intervenido ni puede ceder a su oposición.

El registro comprende no solo las vestimentas que llevara el intervenido, sino también el equipaje o bultos (cartera, bolso, mochila, maletín, portafolio, morral, paquetes, etcétera) que portare, así como el vehículo utilizado o en el que se encuentre –se trata de una búsqueda centrada en la persona del intervenido, de los bienes que tiene o lleve y de los vehículos de que se sirve – con exclusión, claro está, de los vehículos que funcionan como habitación o morada–; los bienes han de estar en la posesión del intervenido, dentro de su esfera personal, y no ambiental, es decir, dentro de su ámbito de custodia. A los efectos del registro, primero, debe indicarse al intervenido las razones de la diligencia y que puede hacerse asistir por una persona de su confianza –siempre que se pueda ubicar rápidamente y sea

mayor de edad (ella debe encontrarse en el lugar de los hechos o próximo a él, de suerte que no dilate irrazonablemente la ejecución de la medida)–; segundo, debe requerirse al intervenido que exhiba y entregue el bien buscado, de suerte que si lo hace no se realizará el registro, a menos que se considere útil hacerlo –por ejemplo, se exhibe no todos bienes buscados o sea posible la tenencia de otros bienes delictivos–, siendo de aclarar que la diligencia puede circunscribirse a ubicar determinado o determinados bienes o ser más amplia, esto es, para buscar e incautar todo lo que de útil pueda encontrarse; tercero, el registro se realiza en el ámbito externo del intervenido con pleno respeto de su dignidad y, dentro de lo posible, de su pudor personal, así como deberá realizarse por un efectivo del mismo sexo del intervenido, a menos que no se cuente con ese personal y la demora en ubicarlo perjudique la investigación; y, cuarto, de lo acontecido se levante un acta, redactada en el mismo lugar de los hechos o si las circunstancias no lo permiten (por el lugar o las circunstancias del mismo, por la hora o por la presencia de personas que pueden perjudicar la diligencia), en la Comisaría de la jurisdicción; acta que ha de ser firmada por todos los intervinientes directos en la diligencia, de suerte que si alguien no lo hiciera se indicarán las razones de ello. Todos estos requisitos, en su lógica esencial, deben cumplirse para su legitimidad y, además, para considerar el respeto a la dignidad de las personas [cfr.: SSTSE 525/2000, de 31 de marzo; y, 352/2006, de 15 de marzo].

VI. CADENA DE CUSTODIA

1. Bases legales y conceptuales previas

A. El CPP, en su artículo 220.5, en el ámbito de la incautación instrumental de: **(i)** un bien constituye el cuerpo del delito, **(ii)** de las cosas relacionadas con el delito y **(iii)** de las cosas que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, esto es, en la esfera de la etapa de investigación preparatoria, instituye, por primera vez, como noción positivizada –lo cual, desde luego, no quiere decir que no haya existido como categoría procesal y criminalística–, la denominada cadena de custodia. El artículo 318.1 del CPP, en el ámbito de la incautación cautelar, prácticamente dice lo mismo, pero no utiliza la expresión cadena de custodia.

La incautación instrumental es un medio de investigación restrictivo del derecho fundamental de propiedad. Tiene un carácter indirecto y persigue el aseguramiento del cuerpo del delito en sentido amplio, que incluye las

denominadas “piezas de convicción”. Es, pues, un acto de investigación que se dirige a buscar y adquirir las fuentes de investigación.

La incautación cautelar es una medida de coerción que garantiza la consecuencia accesoria del decomiso.

Su similar tratamiento jurídico, fuera de esta clásica distinción, obliga a que se aborden de manera similar.

- B.** Según el artículo 218. 2 y 316-317 del CPP, que se refiere a la incautación instrumental entendida como aprehensión de la cosa, bien o materialidad concreta —menciona: bien que constituye cuerpo del delito, cosas que se relacionen con él, y cosas necesarias para el esclarecimiento de los hechos— y su retención por el órgano oficial del Estado competente [la fiscalía], esta diligencia puede hacerla: **1.** La policía cuando media flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. **2.** El fiscal, fuera de los casos de flagrancia delictiva, cuando exista peligro por demora —riesgo de desaparición de la cosa, bien o materialidad concreta de no asegurarse inmediatamente—. **3.** El juez, como primera palabra, siempre mediante auto fundado, fuera de flagrancia y del peligro por la demora; y, como segunda palabra, en los otros dos casos y en vía de confirmación. Similar tratamiento de la incautación, sea instrumental o cautelar: artículos 218.2 y 316-317 CPP.

De lo expuesto se desprende, primero, que el derecho fundamental de propiedad, a los efectos de las medidas limitativas con fines del proceso penal no requiere, con carácter previo, mandato judicial; segundo, que es posible que la autoridad de investigación penal: policía y fiscalía —según exista flagrancia o peligro por la demora— pueda incautar provisionalmente la cosa o bien vinculado al delito; y, tercero, que de uno u otro modo, la culminación formal o perfeccionamiento de una aprehensión de un bien o cosa con fines procesales penales, requiere de una resolución judicial fundada.

Recuérdese con carácter previo que, a diferencia del proceso civil, la actividad de averiguación y aseguramiento de las fuentes de investigación en el proceso penal es reglada y su ejecución se atribuye a una autoridad oficial del Estado. La investigación preparatoria, por consiguiente, en tanto actividad inquisitiva, que, como tal, recae sobre cualquier sospecha del hecho punible, persigue preparar el enjuiciamiento a través del esclarecimiento de los hechos objeto de imputación, evitando la realización

de juicios innecesarios. Los actos instructorios son simplemente actos de aportación de hechos al proceso y permiten un juicio de probabilidad suficiente para dictar medidas limitativas de derechos, el procesamiento y el auto de enjuiciamiento [GIMENO].

C. El apdo. 5 del artículo 220 del CPP incorpora la cadena de custodia como un medio adecuado –no el único– para garantizar la autenticidad de lo incautado de los elementos materiales del delito, sea para fines cautelares o instrumentales. Cuando se dice autenticidad se hace mención, de acuerdo con la segunda acepción de la RAE, a la “certificación con la que se atestigua la idoneidad y verdad de algo”.

D. Según su estructura los medios de investigación o de prueba –que para el caso es lo mismo: son prácticamente coincidentes entre sí [GÓMEZ COLOMER]– son reales y personales. Los primeros son aquellos cuya fuente está constituida por una cosa o un bien material concreto [KEILMANOVICH].

MATER 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.

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 Farinaccio el uso de ese vocablo por primera vez en 1581. Modernamente podemos definirlo como “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho punible”. Comprende la fase externa de la conducta delictiva. Se acredita con cualquier medio probatorio en correspondencia con el principio de libertad de prueba [BARRAGÁN SALVATIERRA].

- E.** Este concepto amplio, el *corpus delicti*, que apunta a la comprobación del delito y a la averiguación del delincuente, contiene los siguientes elementos:
- 1.** La persona o cosa objeto del delito, sobre el que recae el delito –*corpus criminis* (cadáver en homicidio, la caja fuerte forzada en el hurto)–.
 - 2.** Los medios o instrumentos a través de los cuales se cometió el delito –*corpus instrumentorum*– (revolver utilizado).
 - 3.** Los efectos relacionados con el delito, esto es, las cosas obtenidas como consecuencia de su ejecución (cosas robadas).
 - 4.** Las piezas de convicción, que son las huellas, rastros o vestigios –elementos materiales, en suma– dejados por el autor en la comisión del hecho y susceptibles de ser recogidos y que permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor –*corpus probationem*– (trozos de cristal con las huellas dactilares del imputado, las ropas manchadas de sangre) [PÉREZ/ CRUZ MARTÍN].
- F.** Nuestro sistema procesal, respecto del cuerpo del delito, exige a las autoridades penales la formulación de un acta circunstanciada. Así, la policía (artículo 68.2 CPP, aunque el artículo 68.1.k CPP), menciona que los secuestros e incautaciones se efectúen, “bajo inventario”. En el caso de las pesquisas, de fuente italiana –comprobar el estado de algo y, en su caso, recogerlo y conservarlo–, se exige un acta (artículo 208.2 CPP: cita como referencia: rastros, efectos materiales, elementos materiales). El examen corporal (artículo 211.4 CPP), el allanamiento (artículo 216.3 CPP: bienes delictivos y cosas relevantes para la investigación), el aseguramiento de documentos privados, la incautación postal, la intervención de comunicaciones –originales de la grabación: 231.1 CPP–, el aseguramiento de documentos privados, contables y administrativos (artículos 232 y 234 CPP), también se requieren de un acta.

2. La cadena de custodia: definición y alcances

- A.** El artículo 220.5 del CPP fija la finalidad de la cadena de custodia: garantiza la autenticidad de lo incautado –*certificación con la que se atestigua la idoneidad y verdad de algo*–. A su vez, a partir de ese lineamiento legislativo, autoriza a la Fiscalía de la Nación a reglamentar esa institución. Son delegaciones que tienen un carácter ordenatorio –en el que previamente se ha fijado su contenido esencial– luego, no vulneran el principio de legalidad procesal penal, en su ámbito de exclusividad legal. La Fiscalía de la Nación ha cumplido con ese cometido (Resolución n.º 729-2006-MPFN, de 15-06-06). Debe quedar claro, desde el principio de libertad probatoria,

que la autenticidad del cuerpo del delito, de necesaria demostración, exige que el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación es el mismo objeto encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual –si correspondiere– se realizaron los análisis forenses o periciales y se establecieron los vínculos o inferencias respectivas (entre otras: relacionar al imputado con la víctima o con la escena del delito, establecer las personas asociadas o partícipes del delito, corroborar el testimonio de la víctima, definir el modo de operación del agresor y relacionar casos entre sí o exonerar a un inocente), y el mismo que se exhibe en el juicio oral. Así las cosas, el concepto de cadena de custodia se debe abordar desde una doble perspectiva: de un lado, como proceso técnico específico de recogida, custodia y análisis de los vestigios e indicios criminales para asegurar la indemnidad e identidad de los mismos; y, de otro lado, como instrumento procesal imprescindible para otorgar verosimilitud a la prueba pericial y, por tanto, determinante en su valoración [GUTIÉRREZ SANZ].

- B.** La cadena de custodia, en primer lugar, no es más que un mecanismo para demostrar la autenticidad del cuerpo del delito, como concepción amplia, incautado durante la etapa de investigación preparatoria. En segundo lugar, se refiere al conjunto de formalidades con el que se asegura que el cuerpo del delito incautado en sede de investigación preparatoria permanece inalterado hasta el momento en que es utilizado en el desarrollo del enjuiciamiento. En tercer lugar, el diseño de este mecanismo busca facilitar la demostración de la autenticidad del cuerpo del delito a través de un conjunto de documentos que, debidamente fechados y rubricados por cada uno de quienes tienen contacto con este, permite determinar tanto las condiciones en que cada uno de ellos lo recibió y entregó, como las eventuales pruebas a las que fueron sometidos [REYES ALVARADO]. El requisito de autenticidad, por lo demás, responde al principio o elemento de mismidad, propio de las ciencias forenses y de la investigación criminal.
- C.** Como dice MORA IZQUIERDO, la autenticidad del cuerpo del delito puede acreditarse de una de las cinco formas criminalísticamente aceptadas. Estas son las siguientes:

1. Auto autenticación. **2.** Marcación. **3.** Testimonio. **4.** Pericias. **5.** Cadena de custodia.

La primera forma está en relación con bienes, cosas u objetos que tienen características notorias y bien conocidas que hacen que ellas no necesiten

autenticación porque se autentican a sí mismas (v. gr. ejemplar de un periódico, imagen de un personaje relevante). La segunda es el acto de señalar el cuerpo del delito con un signo distintivo, propio y exclusivo, de quien intervino en las diligencias de levantamiento, recolección o incautación del perito que lo manipula dentro del laboratorio (ejemplo, grabar las iniciales del policía o fiscal que intervino en el mango de un cuchillo hallado en el lugar de los hechos). La tercera es el testimonio de acreditación, en cuya virtud el testigo reconoce el cuerpo del delito como auténtico (ejemplo, las fotografías). La cuarta es la pericia de acreditación en la que el perito precisa que lo que analizó es auténtico, que es el mismo bien, cosa u objeto que recibió. La última es la cadena de custodia.

Es de acotar, sin embargo, que, respecto de la autenticación, el CPP establece la necesidad de levantamiento de actas que mencionen objetivamente el bien recogido o incautado –recogida del bien, cosa u objeto y práctica documentada de la diligencia referida al cuerpo del delito–. Su elaboración –a cargo mayormente de la Policía– la búsqueda y recogida del cuerpo del delito forman prioritariamente parte del acervo de conocimientos y experiencias de la policía y, residualmente, de la Fiscalía, en cuanto órganos de investigación del delito. Si cumplen los requisitos pertinentes, evita un procedimiento ulterior de autenticación de dicha diligencia de aseguramiento de fuentes de investigación –ubicación, recogida e incautación– a través de auto de autenticación, marcación, testimonio o pericia.

- D.** La cadena de custodia, como quinta forma de autenticación, referida al cuerpo del delito, “se puede definir como aquel procedimiento de registro y control que tiene por finalidad garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de los elementos materiales de prueba [en pureza, del hecho delictivo y de su autor] tales como documentos, armas blancas y de fuego, muestras orgánicas e inorgánicas, proyectiles, vainas, huellas dactilares, etcétera, desde el momento de su hallazgo en la escena del crimen, considerando su derivación a los laboratorios criminalísticos forenses donde serán analizados por parte de los expertos, técnicos o científicos, y hasta que son acompañados y valorados como elementos de convicción [en rigor, actos de prueba] en la audiencia de juicio oral” [REARDI SILVA].

La cadena de custodia es, propiamente, un sistema de control que permite registrar de manera cierta y detallada cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos (recolección, incorporación –utilización de embalajes adecuados–, rotulación, etiquetamiento –

con identificación del funcionario responsable y referencias sobre el acto de hallazgo, ocupación e incautación–, traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final), de suerte que proporciona un conocimiento efectivo del flujograma que ha seguido el bien, cosa u objeto a través de los diferentes sistemas (policial, fiscal, laboratorio criminalístico, Instituto de Medicina Legal, u otros entes públicos o privados) hasta llegar a las instancias judiciales.

La cadena de custodia “no protege la cantidad y calidad de la prueba material sino la identidad de ella, pues la incautada debe ser la misma que llega al perito y al debate” [Sala Tercera, sentencia, de 21-12-07; Costa Rica].

- E.** El mecanismo que expresa la cadena de custodia se concreta materialmente a través de formularios de registro de información o, como precisa el Reglamento antes citado, en “formatos de la cadena de custodia”, que acompañan en todo momento al cuerpo del delito y son objeto de supervisión por el fiscal o un funcionario delegado. Cada eslabón en la cadena de custodia está debidamente registrado, y de modo ininterrumpido, lo cual demuestra la totalidad del camino recorrido por el cuerpo del delito. La presentación de estos formatos evita la necesidad de hacer concurrir a quien o quienes han tenido que lidiar con el cuerpo del delito. Esta prueba documentada –el formato y documentos anexos– es suficiente y más operativa que el testimonio. La jurisprudencia estadounidense, liderada por el caso *USA vs. Howard-Arias*, decidida en 1982 por la Corte Federal de Apelación del Cuarto Circuito, señaló que la cadena de custodia es una variación del principio autenticación (o, con mayor precisión y según se expuso, una de sus formas de autenticación) [MUÑOZ NEIRA].

3. La ruptura de la cadena de custodia

- A.** La ruptura de la cadena de custodia –la presencia de irregularidades en su decurso– se presenta cuando en alguno de los eslabones de la cadena o de los tramos por la que transita el cuerpo del delito se pierde la garantía de identidad entre lo incautado y lo entregado al fiscal, perito –organismo técnicos-periciales, laboratorios forenses, universidades, instituciones públicas o privadas, institutos de investigación (artículo 173.2 del CPP)– o juez. Aquí, en principio, se está ante una irregularidad o un acto procesal defectuoso, que no determina su nulidad, inadmisibilidad o inutilización.

- B.** De la ruptura de la cadena de custodia o de su omisión no sigue necesaria o automáticamente que el cuerpo del delito es inauténtico y, por consiguiente, que carece de eficacia probatoria. Recuérdese, de un lado, que la cadena de custodia es una de las modalidades para acreditar la mismidad de un bien, objeto o cosa incautado, que solo busca facilitar la demostración de su autenticidad a través de un conjunto de formatos y procedimientos estandarizados y protocolizados; y, de otro lado, que en materia de prueba rige el principio de libertad probatoria (artículo 157.1 del CPP), de suerte que las partes pueden acreditar la autenticidad de la prueba material presentada por los diversos medios de prueba reconocidos por la Ley.
- C.** Así las cosas, es de precisar lo siguiente:
- (i) El cuerpo del delito y el conjunto de diligencias –mayormente periciales– realizadas a partir de él no pierden eficacia probatoria por el simple hecho de la ausencia de la cadena de custodia o de su ruptura. No obstante, ello, será necesario que la parte –no solo la parte acusadora, que por ley debe seguir el procedimiento en cuestión para garantizar la mismidad de la prueba– que incorpore esos elementos materiales pueda acreditar la autenticidad del cuerpo del delito en sus ámbitos esenciales por otros medios de prueba, más allá de la prueba documentada que dimana del acta de incautación y de los formatos respectivos de cadena de custodia –perjudicados por la ruptura de la conexión–. Por lo demás, errores formales o de poca entidad en la propia elaboración de las actas y formatos, en modo alguno hacen perder eficacia probatoria a la cadena de custodia. La decisión acerca de la autenticidad de un elemento material es parte del juicio de valor que el juez debe realizar sobre el grado de credibilidad de la prueba aportada o practicada en el juicio; el error del juez al formular el juicio sobre la autenticidad de la prueba material importa un error de derecho por falso juicio de convicción [REYES ALVARADO].
 - (ii) La ruptura de la cadena de custodia no es un problema de ilegitimidad de la prueba determinante de su inutilización –sanción procesal asociada a la prueba prohibida– porque no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de derecho fundamental o constitucional alguno (artículo VIII del Título Preliminar y artículo

159 del CPP). Tampoco un bien, cosa u objeto relacionado con el delito que se ofrezca como prueba material con ausencia de una cadena de custodia o cuando se produce un supuesto de ruptura de la misma puede ser considerado como un medio de prueba impertinente o prohibido por la Ley (artículo 155.2 del CPP). Es de insistir que la cadena de custodia no tiene como efecto la ilicitud o inutilizabilidad probatoria, sino la menor o nula fiabilidad del resultado de la pericia. La integridad en la cadena de custodia se arbitra como presupuesto para la estimación de la pieza o elemento de convicción intervenida. El órgano jurisdiccional puede llegar a la exclusión de la prueba pericial, no porque dude del resultado de la prueba pericial en sí, sino porque duda de la identidad de la sustancia o bien ocupado y sometido al análisis pericial. La cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de la prueba material desde que es recogida hasta que es analizado, lo que en caso de quiebra puede afectar la credibilidad del análisis, pero no a su validez [GUTIÉRREZ SANZ].

- (iii) Como existe libertad probatoria y solo se presenta un vicio en un mecanismo tendente a acreditar la autenticidad de la prueba material, la vulneración de las reglas de cadena de custodia no da lugar a la exclusión probatoria. La pérdida de eficacia procesal dimanante del vicio en cuestión puede ser salvada con una actividad probatoria alternativa, por lo que se está ante un aspecto propio de la valoración de la prueba, de la credibilidad del cuerpo de la prueba que presentó la parte concernida, que el órgano jurisdiccional decidirá de acuerdo a las restantes circunstancias del caso [MUÑOZ NEIRA].
- (iv) Tratándose de la cadena de custodia, la alegación de la simple posibilidad de su rompimiento, manipulación o contaminación no es aceptable. Debe acreditarse acabadamente tal alegación. En todo caso, la actividad probatoria establecerá si es del caso otorgar o no mérito a esa evidencia y valorarla o no.
- (v) La vulneración del contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental, a propósito de irregularidades en la cadena de custodia, solo se presentaría cuando se admite y se da el valor de prueba cuando el supuesto cuerpo del delito se obtuvo sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, la garantía de defensa procesal.

- (vi) Cabe insistir –y así lo ha precisado el Tribunal Supremo Español en las sentencias de 04-06-10 y 24-04-12– que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega de lo incautado a la entidad correspondiente, que es el proceso al que se denomina genéricamente “cadena de custodia”, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan solo sirve para garantizar que lo analizado es la misma e 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 negar el valor probatorio de los exámenes periciales y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

VII. ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

1. Aspectos generales

1.1 Fundamento

La lucha contra la delincuencia organizada, es decir, el descubrimiento y sanción de delitos de una enorme gravedad y de gran impacto social, cometidos por organizaciones criminales, que cuentan con material altamente sofisticado con un criterio de racionalidad en su actividad criminal y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, resulta cada vez más difícil para los aparatos estatales de represión criminal. Por tanto, se hace imprescindible la adaptación de las técnicas de investigación a la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia (STSE de 0910-87).

En la necesidad de garantizar eficacia y eficiencia en el sistema de investigación [PEÑA-CABRERA FREYRE], se han introducido cuatro mecanismos que dan respuesta a ese fenómeno social, de tal manera que pueda compatibilizarse el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los imputados en un proceso penal, con una mayor solvencia y rigor en la lucha contra la criminalidad, esencialmente contra la criminalidad organizada. Se iniciaron, a nivel mundial, en la lucha contra las drogas y el terrorismo, y luego se fueron extendiendo, con plena previsión legal, a otros delitos especialmente graves (corrupción y criminalidad organizada transnacional). Se trata del agente

encubierto o especial (artículo 341 CPP) y de la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (artículo 340 CPP).

La Ley n.º 30077, de 20-08-13, incorporó las denominadas operaciones encubiertas (artículo 341-A CPP) como un tercer acto especial de investigación referidas a la criminalidad organizada. A su vez definió el Marco Operativo de lo que debe entenderse por criminalidad organizada o especial (ver: artículos 2 y 3 de dicha ley).

El Decreto Legislativo 1307, de 30.12. 2016, introduce por primera vez a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 68-A del CPP (Operativo de revelación del delito), aunque se trata más bien de regular normativamente una práctica o técnica seguida por la Fiscalía y la Policía. Lo primero que es de relieves es lo erróneo de la denominación. El vocablo “Operativo” es un adjetivo y, por tanto, sinónimo de activo, agente, operante o ejecutante. Se trata más bien de la denominación “Operación” que es un sustantivo, que en pureza se refiere a una técnica especial de investigación, delimitada a una actuación secreta, especializada e interinstitucional de carácter compleja. Esta técnica de investigación, empero, se ha consignado en el Capítulo II del Título I referido a la Policía, y no –como debe ser– en el Título IV de “Actos Especiales de Investigación”, conjuntamente con la entrega vigilada, los agentes encubiertos y especiales, y las operaciones encubiertas.

La revelación del delito es un acto especial de investigación que, en cuanto a su oportunidad, puede desarrollarse antes, en el mismo momento o después – para su esclarecimiento– de la comisión de un delito. En orden a los sujetos que pueden intervenir, se requiere como mínimo a la Fiscalía y la Policía, sin perjuicio de la asistencia y participación de otras entidades (por ejemplo, UIF-Perú, SUNAT, CGR, DIGESA, etc.). La finalidad u objeto de esta operación es la de identificar a los intervinientes en el delito y, en su caso, detenerlos (cuando ya se conozca su identidad y ubicación). Una exigencia formal es la perennización de la diligencia a través de un medio idóneo (filmación, básicamente), sin perjuicio de que se levante el acta respectiva, conforme al artículo 120.1 CPP.

Desde la mera legalidad no es del oponente nada a esa norma, más allá de su ubicación formal en el Código. Es de resaltar positivamente la filmación de la diligencia, pues la actuación gana en objetividad y, por ende, por la seguridad del medio de protocolización tiene el carácter de prueba preconstituida, sujeta formalmente a la corrección de la filmación y del acta que se levante al efecto.

Es una técnica de investigación, las más de las veces, que se realiza luego de una paciente labor de inteligencia, de observación, vigilancia y seguimiento (las conocidas como OVISE: observación, vigilancia y seguimiento). Permite, finalmente, identificar con mayor seguridad a delincuentes tras su captura, detectar sus vinculaciones con otras personas y advertir lo que vienen realizando, y, en el momento de la actuación, lograr decomisos e incautaciones, así como asegurar pruebas documentales y físicas, así como vestigios materiales.

También regula las incursiones fiscal-policiales en los supuestos de interdicción de drogas o de contrabando.

Todo ello no obsta, empero, que la captura de delincuentes, si no media autorización judicial, sólo será posible en flagrancia delictiva, cuya concreción ha sido extendida al máximo en el artículo 259 del CPP, según la Ley número 29569, de 25-8-2010, con la finalidad de facilitar la captura efectiva del sospechoso.

El Decreto-Legislativo 1611, de 21-12-2023, modificó el artículo 341 del CPP, en cuya virtud (*i*) alteró las reglas del agente encubierto y especial –es un acto especial de investigación definido por la Policía Nacional, con autorización del Ministerio Público –no, como era antes, una acto especial decidido por la Fiscalía–, y además es la Policía la que realiza el “monitoreo directo” de la actuación de aquéllos, omitiendo fijar el rol de supervigilancia y conducción investigativa del Ministerio Público; así como (*ii*) introdujo la figura del “Agente virtual” y subdividió la figura del “Agente especial” para entender como tal “... al elemento captado debido al rol, conocimiento o vinculación con actividades ilícitas...”, y al “Agente Revelador”, que lo definió como cualquier ciudadano, o el servidor o funcionario público, que como integrante de una organización o banda criminal actúe proporcionando información o “evidencias” (pruebas materiales) incriminatorias contra aquéllas –esto es, circunscribió la figura del Agente Revelador a ser integrante de una organización o banda criminal; no puede ser un tercero a ella, lo cual obligaría a considerar el servidor o funcionario público, *extraneus* a la banda u organización criminal como un Agente Especial, lo que, en buena cuenta, puede concluirse que esta subclasificación no tendría mucho sentido–.

De otro lado, el citado Decreto Legislativo instituyó formalmente al “Informante” o “Confidente”. Éste ha sido definido como el “...proporciona bajo cualquier motivación, la información confidencial sobre la comisión de delitos cometidos por banda u organización criminal”. Nuevamente, se limita tal estatus a delitos determinados en función a la intervención de banda u

organización criminal, excluyendo a los que dan información clave en los demás delitos; y, además, la ley no diferencia entre informante o confidente, según fuere o no captado por la Policía y le provee o no información regular, incluso buscándola de propósito.

1.2. Crimen organizado y nuevas tecnologías investigativas

El Acuerdo Plenario 10-2019/CIJ-119, de 10-9-2019, publicado en El Peruano el 6-11-2019, fijó un conjunto de lineamientos en materia de tecnología, técnicas especiales de investigación y crimen organizado. Las **técnicas de investigación**, señaló, son aquellos métodos de esclarecimiento o averiguación utilizados para reunir información aplicados por la autoridad penal con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos sin alertar a la persona o personas a las que esta acción va dirigida. Se clasifican en **(i) técnicas tradicionales de investigación** –se visualizan hacia atrás, reconstruyen hechos del pasado y ofrecen al investigador los móviles y circunstancias en que se cometió el delito, así como la determinación de las personas que participaron en su comisión–; y, **(ii) en técnicas especiales de investigación** –visualizan el presente y hacia adelante, a modo de extraer elementos de una organización criminal en plena operación, y comprende toda información relacionada a la agrupación criminal, como el tipo de estructura que presenta, modo de operar, identificación de sus miembros y colaboradores, forma de reclutamiento de nuevos miembros, formas menos peligrosas para infiltrar la organización, forma de relacionarse con otros grupos criminales, examen de toma de decisiones y grado de agresividad de la organización–. Por lo general, las técnicas especiales de investigación entrañan limitación de derechos fundamentales, que según su nivel de intensidad requiere la orden del Ministerio Público o una decisión jurisdiccional.

El citado Acuerdo Plenario definió los principios regulatorios de las técnicas especiales de investigación, y siguiendo a la UNODC, en el entendido que deben ser utilizadas con especial ponderación y teniendo presente que revisten un carácter subsidiario y excepcional, debiendo estar sometidas a estrictos y rigurosos controles legales. Se trata de los principios de legalidad, excepcionalidad o subsidiaridad, proporcionalidad, celeridad, reserva, pertinencia, especialidad y jurisdiccionalidad.

La **videovigilancia** es una técnica especial de investigación está regulada en el artículo 207 CPP; es, concretamente, una medida de búsqueda de pruebas. Tiene como objetivo obtener fuentes de investigación o de prueba que permitan sustentar un eventual requerimiento fiscal, como la prisión preventiva o alguna otra medida de coerción, así como la propia acusación y, en su caso, la sentencia

si se incorpora al juicio oral como medio de prueba. Un instrumento típico de videovigilancia son los drones, al que el Acuerdo Plenario antes mencionado prestó particular atención, cuya utilización puede vulnerar el derecho a la libre personalidad y al proyecto de vida de cada individuo en específico. El uso, pues, de la tecnología puede y debe incorporarse en la investigación del delito, siempre que se utilice con pleno respeto de los principios de legalidad y proporcionalidad. Es necesario, sin duda, una regulación específica y la incorporación de criterios generales mínimos que orienten su manejo o uso y su debida apreciación.

2. El agente encubierto, agente especial, agente revelador, agente virtual e informante o confidente

2.1. Definición

Es una medida –o, mejor dicho, medio de investigación–, regulado en el artículo 341 del CPP –modificado varias veces, siendo la última el Decreto Legislativo 1611, de 21-12-2023, que consiste –Agente Encubierto– en la entrada de uno o varios policías, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización o banda criminal y su participación 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 o banda criminal, con todos los elementos que la integran. Este mismo rol básico puede hacerlo el Agente Especial, quien es definido como una persona captada por la Policía debido al rol, conocimiento o vinculación con actividades ilícitas –desde la perspectiva subjetiva el agente puede ser cualquier persona en función al simple conocimiento de los hechos o a su vinculación con actividades delictivas, luego, puede ser un mero testigo o un implicado delictivamente–, a fin de (i) establecer contacto –instaurar o fijar comunicaciones, enlaces, relaciones o trato con la organización o banda criminal, desde una perspectiva externa, sin integrarse a ella– o (ii) insertarse en la actividad de la banda u organización criminal; y, en ambos casos, para proporcionar información o las pruebas materiales incriminatorias correspondientes, siempre bajo el monitoreo directo de la policía –cabe aclarar que monitoreo, tal como se plantea en la Ley, es un término no incorporado por la RAE, y que significa el proceso continuo y sistemático por el cual se controla o supervisa una situación, en este caso las actividades del agente especial–.

El Agente Revelador es un integrante de una banda u organización criminal, captado por la Policía. Puede ser cualquier persona o un servidor o funcionario público. Su rol es proporcionar información o las pruebas materiales

incriminatorias respectivas, siempre bajo el monitoreo directo de la Policía. El Agente virtual está relacionado con los medios tecnológicos de investigación del delito. Dos requisitos, copulativos, son básicos: 1. Ha de estar debidamente entrenado (o tener conocimientos especializados) en la tecnología de la información y las comunicaciones. 2. Ha de tener las habilidades necesarias para asumir el rol de Agente. La Ley solo menciona, respecto de su rol, el esclarecimiento de delitos en el ámbito virtual, siempre bajo el monitoreo de la Policía. Es evidente que el Agente Virtual estará en condiciones de contactarse con la banda u organización criminal, penetrar en sus dispositivos informáticos, realizar interceptaciones telemáticas, captar y grabar las comunicaciones orales mediante utilización de dispositivos electrónicos, y efectuar el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos vinculados a la banda u organización criminal, claro está, en estos casos, previa orden judicial por restringir el secreto a las comunicaciones o, en su caso, tras la respectiva confirmación judicial ulterior, el derecho a la protección de datos personales (vid.: párrafo segundo del citado artículo 341 del CPP).

El párrafo final del reformado artículo 341 del CPP incorpora, en el ámbito de los delitos antes citados, al Informante y al Confidente. El citado precepto los trata unitariamente, sin precisar sus diferencias. En todo caso, los define como la persona que proporciona, bajo cualquier motivación (justicia, venganza, resentimiento, enemistad, etcétera) una información confidencial (que los datos que proporcione, lo que haga o diga el sujeto, a la policía, se hace o dice en la confianza de que se mantendrá en reserva su identidad). El objeto de la información confidencial está referido a la comisión de delitos cometidos por banda u organización criminal. Ellos pueden ser beneficiados con pagos de dinero, a partir de un procedimiento regulado por Decreto Supremo, cuyo marco legal está concretado en el Decreto Legislativo 1180, de 27-7-2015.

La finalidad del acto de infiltración a través de una de estas modalidades de agente 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 LIÑÓN]. Su adopción es excepcional –solo se adoptará cuando no exista otro medio de investigación del delito menos gravoso– y debe estar sometida a un test de proporcionalidad: (i) examen de idoneidad, el agente encubierto debe ser un medio apto para captar información de cargo con efectos penales; (ii) examen de necesidad, al tratarse de una injerencia intensa en los derechos y libertad se debe verificar que exista una organización criminal y que por sus características represente una verdadera amenaza, igualmente debe comprobarse

que no exista otra medida idónea de búsqueda y obtención de información; y, (iii) examen de proporcionalidad estricta que debe considerar circunstancias como la duración de la infiltración, las facultades que se otorgan al agente encubierto, etc. [BERNAL]. Todos esos ámbitos deben abarcar la disposición fiscal.

El agente encubierto es un miembro de la Policía Nacional, que investiga bajo una 'identidad alterada' por un tiempo prolongado; la intervención de un policía en prácticas aisladas como, por ejemplo, aparente comprador de drogas o bienes delictivos no lo convierte en agente encubierto y, por tanto, esta intervención no está sujeta a las reglas del artículo 341 CPP [ROXIN]. La intervención del agente encubierto solo está permitida para el esclarecimiento de "hechos punibles de importancia considerable". Es imprescindible, para acudir a esta técnica de investigación, que el esclarecimiento no sea posible, o en todo caso que la averiguación presente una dificultad considerable, y por tanto que otras medidas de investigación fueran inútiles. El agente también puede ser un ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar fuentes de prueba de cargo del delito; se le denomina "Agente Especial". Está sujeto al mismo estatus jurídico que el agente encubierto.

El agente encubierto o especial viene amparado en su cometido por una identidad supuesta. Participa en el tráfico jurídico bajo una 'identidad alterada', para cuya creación y conservación son admitidas la expedición y modificación de documentos de identidad y demás registros de datos personales. Además, se le permite adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, así como diferir su incautación. Debe poner a disposición de quien le autorizó la investigación toda la información que vaya obteniendo, para su aportación al proceso. Es lógico que se reserve secretamente el nombre verdadero del agente encubierto o especial, al constituirse en una presunción *iure et de iure*, el peligro de la seguridad personal del agente [PAZ RUBIO].

El agente encubierto o especial accede mediante el engaño, no solo al conocimiento de delitos cometidos en vías de preparación, sino también a todo un cúmulo de datos privados sobre las personas investigadas y su círculo de allegados. El derecho afectado, en estos casos, es la autodeterminación informativa, esto es, el derecho a elegir libremente al destinatario de la conversación y al testigo de la esfera privada. Se exige al agente la debida prudencia en la realización de averiguaciones e, incluso ocupación sigilosa de bienes, para que sean proporcionados con lo que pretende conseguirse, sin que puedan llegar a alcanzar la categoría de provocaciones para delinquir, pues ello desvirtuaría su propia naturaleza y su legitimidad [MONTÓN REDONDO]

La infiltración policial a través de un agente encubierto es, por tanto, un acto de investigación que limita, en determinada medida, derechos fundamentales; es, pues, una limitación de baja o mediana intensidad, por lo que su institucionalización no requiere de previa orden judicial. Su relevancia está, precisamente, en el hecho mismo de su secretismo y uso del engaño como método de investigación. Sin embargo, las investigaciones encubiertas ante delitos graves no pueden excluirse –no pueden sacrificarse por conveniencia (STEDH *Teixeira de Castro vs. Portugal*, § 36, de 09-06-98)–, y están avaladas, desde el principio de proporcionalidad, por la STEDH *Lüdi vs. Suiza*, de 15-06-92, en cuya virtud quien sabe que comete un acto criminal debe soportar y asume la posibilidad de ser objeto de una investigación encubierta, de encontrar un funcionario policial encargado de desenmascarlo (§ 40).

2.2. Regulación legal

El modificado artículo 341, apartado 1, del CPP condiciona la utilización del Agente (encubierto, especial, revelador y virtual) a la existencia de una investigación relacionada con tres bloques delictivos graves: 1. Delitos vinculados a la banda u organización criminal, incorporados en la Ley 30077, Ley contra el crimen organizado. 2. Delitos de trata de personas. 3. Delitos contra la Administración Pública: artículos 382 a 401 del Código Penal. Por consiguiente, el ámbito es muy amplio, pero siempre ligado a estructuras criminales de amplio espectro, que es lo que justifica una logística y medios tecnológicos compleja y sofisticada. Se trata de la investigación por esos delitos, lo que constituye la afirmación del principio de especialidad: por tales delitos y solo por ellos es posible utilizar ese medio de investigación especial.

Para la lícita actuación de los agentes (encubiertos, especiales, reveladores y virtuales), se precisa de una disposición del Ministerio Público, a pedido de la Policía Nacional. La autorización está sujeta al cumplimiento de los requisitos de idoneidad, necesidad o indispensabilidad y estricta proporcionalidad. Este juicio de proporcionalidad. El subprincipio de idoneidad requiere advertir que este acto especial de investigación tiene la cualidad necesaria para obtener la información o el esclarecimiento delictivo que se busca. El subprincipio de necesidad importa determinar, de un lado, que no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos del imputado e igualmente útiles para el esclarecimiento de los hechos; o, de otro lado, que el esclarecimiento de los delitos se verá gravemente dificultada sin la utilización de este acto de investigación especial. Asimismo, a la gravedad de los delitos

investigados, la superioridad del medio de investigación que se ha de adoptar en función al beneficio que su esclarecimiento pueda importar y, en su caso, el ámbito tecnológico de los medios utilizados para delinquir. Desde el principio de intervención indiciaria, desde luego, será del caso valorar la intensidad de los datos o indicios existentes.

Una de las notas características de los actos especiales de investigación es que el Código estimó que se trata de una limitación leve o intermedia a los derechos fundamentales de la persona. Por ello, no previó la intervención del juez, pero sí la autorización del Ministerio Público. La utilización del Agente, como los demás actos especiales de investigación, requieren que la Policía se dirija y obtenga del fiscal la autorización correspondiente; y, como quiera que expresamente se han consignado como supuestos de la autorización los principios de especialidad, proporcionalidad e intervención indiciaria, el acto especial de investigación debe justificarse acabadamente. Ahora bien, si en el curso del acto especial de investigación se requiera afectar derechos fundamentales de fuerte o altísima incidencia, necesariamente el fiscal deberá solicitar y obtener la correspondiente autorización judicial (artículo 202 y ss. del CPP).

Es evidente, por la naturaleza de los actos especiales de investigación, que el procedimiento seguido respecto de la solicitud, de la autorización y de las actuaciones del agente son reservadas; no solo lo referido a la autorización judicial. La noción de reserva es base y justificación objetiva y razonable para la implementación del acto especial de investigación.

Una especialidad en la realización de actos especiales de investigación fue introducida por la Ley 30096, de 23-10-2013, Ley de Delitos Informativos, en su Segunda Disposición Complementaria Final. Esta ley, a su vez, fue modificada por la Ley 30170, de 10-3-2014, que alcanzó a siete tipos penales informáticos e introdujo una causa de exención de responsabilidad penal, así como reformó tres Disposiciones Complementarias Finales. Ahora bien, el Decreto Legislativo 1591, de 13-12-2023, agravó dos tipos delictivos informáticos, regulados por la Ley 30096, así como, en lo pertinente, modificó la Segunda Disposición Complementaria –precepto originario, no modificado por la Ley 30170– que autorizó la utilización, por razones de urgencia y con la debida diligencia, en la investigación de los delitos informáticos y de todo delito que se cometa mediante tecnologías de la información y de las comunicaciones (TICs), con prescindencia de si los investigados están vinculados a una organización criminal. Dos son las reformas relevantes: (1) Incluyó la utilización de agentes encubiertos cuando las

investigaciones se realizan en entornos digitales. (2) Para estos efectos el protocolo de actuación del agente encubierto dispuesto en esta Ley como por el artículo 341 del CPP debe ser coordinado con la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros, en concordancia con las normas vigentes que regulan el Sistema Nacional de Transformación Digital. A los efectos de la coordinación interinstitucional la Policía Nacional centraliza la información y desarrolla programas de protección y seguridad –se excluyó de este ámbito dos organismos públicos fijados en la Ley 30171: Centro de Respuesta Temprana del Gobierno para ataques cibernéticos y Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática, para dar paso a la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros.

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 (artículo 31 CPC); sin embargo, podría incluirse ese aspecto en una modificación a la ley procesal penal.

La apreciación –interpretación y valoración– de su testimonio no está sujeta a limitación ni especialidad alguna, pero la infracción de las reglas fijadas para esa figura determina la prohibición de la valoración de la prueba obtenida

(STSE de 07-11-00). La STSE de 14.02.95 señaló que la testifical del infiltrado es otro factor importante a la hora de construir prueba de cargo, y que su credibilidad corresponde al correcto análisis lógico y de experiencia del juez, siendo del caso reconocer que la actuación del agente policial en la mecánica en cuestión se basa en el ya casi agotado espíritu de colaboración ciudadana por el que se constituyen métodos de averiguación del delito y de su autor, distintos de los habituales históricamente. El Tribunal debe tomar con cautela y prudencia su valoración, principalmente debido a que al estar declarando sobre lo que fue precisamente el desempeño de sus funciones específicas, el policía o el particular intentará narrar los hechos de tal forma que no quede duda en el desempeño de su función, pues ello lo afectaría de forma directa. Existe la probabilidad –que debe ser considerada por el tribunal– de que la declaración del agente distorsione la real situación de los hechos o la forma en que ellos acontecieron, lo que puede significar una grave repercusión en la situación del imputado [JAUCHEN]. En definitiva, deben aplicarse las reglas comunes de valoración de un testigo en este caso, pues la sola declaración del agente no puede generar no tiene la entidad para fundamentar una condena, sino que debe estar rodeada de otros elementos objetivos (datos, testimonios, etc.) que le permitan al Juzgador emitir una sentencia condenatoria en el caso específico.

Distinta es la figura del confidente, quien viene a ser una fuente suplementaria de información para los policías, que actúa ya consumado el delito [DE URBANO]. Como tal, es una información, inicialmente reservada o secreta, pero pendiente de confirmación a través de la comprobación o verificación real de esa misma información, que así se convalida [CLIMENT]. Su inadmisibilidad es obvia al no identificarse ni declarar en el plenario. Ello en modo alguno elimina la posibilidad de utilizar “fuentes confidenciales de información”, siempre que se circunscriban exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. Es, pues, solo un indicio procedimental, que no puede, por lo demás, utilizarse como dato directo y único para la adopción de medidas limitativas de derechos [RIVES SEVA]. Así lo declaró la STEDH Windisch, de 27-09-90. Ha de destacarse que los policías que se han servido de confidentes para obtener información sobre los delitos que investigan no están jamás obligados a revelar cuáles son sus fuentes de información, pues si estas carecen de virtualidad probatoria, al solo erigirse como fuente de información para el inicio de las correspondientes averiguaciones, en nada afecta a la realidad fáctica sobre la que había de construirse, en su caso, la prueba de la infracción penal (STSE 49/1995, de 17 de enero). El confidente es, pues, una figura lícita,

pero su proyección jurídica es irrelevante, de suerte que no es posible aceptar ni siquiera la figura del testigo de referencia que tiene como testigo fuente a un confidente anónimo [CLIMENT]. Una investigación policial puede iniciarse por delaciones, informaciones anónimas escritas o colaboración ciudadana, pero el valor probatorio de esas fuentes, por contrario al principio de contradicción y a la garantía de defensa procesal, si no se determina la identidad y declara el confidente o informante en condición de testigo, carece de eficacia probatoria, a la que se extiende el testimonio por referencia del agente que ha recibido la información [GARCÍA MUÑOZ].

El testimonio que también se rechaza es el del agente provocador, entendiéndose como tal a la persona –policía o civil– que hace incurrir en un delito a un tercero; él es la causa del delito. Pero no solo eso, sino también la prueba que recabó; por su inadmisibles 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 dispuesta a cometer el delito. En definitiva, si el delincuente ya tiene la predisposición para delinquir y el agente solo facilita los medios para la comisión del hecho, en consecuencia, no se invalida la aportación del agente encubierto. Esta predisposición debe existir al momento que los agentes toman contacto con el imputado, y no en un tiempo posterior (STSE 24/2007).

Cuestión distinta al agente provocador es la del agente descubridor del delito ya consumado. En este último caso el policía utiliza medios engañosos para descubrir la infracción cometida con anterioridad, generalmente de tracto sucesivo –como, por ejemplo, en tráfico ilícito de drogas cuando el delincuente

ya tiene la droga en su poder o tiene vínculos activos y estructurados para conseguirla—, cortando de esta forma su continuidad. No hay, en este supuesto, una situación inductora que juegue al margen de la ley procesal, o de las actuaciones de persecución que vulneran los límites legales y constitucionales. El agente no busca la comisión del delito, sino los medios, las formas o los canales por los que ese delito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas (SSTE de 13 de mayo y de 8 de julio de 1999). Es irrelevante si el hecho que fundamenta la sospecha se encuentra en etapa de preparación o si ya ha superado el comienzo de ejecución, solo se requiere advertir que el delincuente ya tenía decidido obrar en la forma en que lo hicieron. La decisión criminal del delincuente ya tenía decidido obrar en la forma en que lo hicieron. La decisión criminal del delincuente es libre y nace espontáneamente; la proposición parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlos de una u otra forma (STSE de 13-02-96). El castigo se realiza por las actividades preexistentes a la actuación policial engañosa que sean constitutivas de delito y no, exclusivamente, por el acto provocado. No es lo mismo “delito provocado” que “delito comprobado”, como sucede cuando se ofrece a un policía una compraventa de droga sin que existan pruebas de que este hubiera solicitado tal adquisición, sino solo que mantenía una relación con el acusado para descubrir sus relaciones con el narcotráfico; no existe provocación del delito sino verificación de su existencia, acopiando pruebas del mismo a fin de comprobar una actividad delictiva preexistente de la que se sospechaba (STSE de 19-02-03). De igual manera, no se da un supuesto de delito provocado cuando un policía se hace pasar por un cliente y pregunta quién vendía droga, de suerte que ante esa pregunta el imputado, salió a buscarla y regresó al poco rato, ofreciéndola al policía; aquí el imputado no buscó la droga motivado por la actuación policial, sino que la poseía de antemano para venderla (STSE de 19-02-03).

2.4. Exención de responsabilidad

Es posible que durante el desenvolvimiento de la operación el agente encubierto o especial cometa hechos delictivos. En consecuencia, el apdo. 6 del artículo 341 CPP introduce una exención de responsabilidad, pero se debe tratar de delitos propios del desarrollo de la investigación, siempre y cuando sean consecuencia necesaria de la investigación, guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una inducción al delito.

2.5. Algunos problemas probatorios

2.5.1. Efectos probatorios

El objeto de la infiltración de un agente encubierto en la organización criminal reside en el enjuiciamiento de los hechos punibles mantenidos por las acusaciones. La prueba para poder recibir la valoración del juez debe practicarse en el juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicciones e igualdad. Cabe excepcionar los supuestos de prueba preconstituida.

2.5.2. La licitud probatoria derivada de la infiltración

La idea de la prueba prohibida va íntimamente unida al momento crucial de obtención de la fuente de prueba. Las vulneraciones podrían ser:

A. Violación a la intimidad

La sola integración y presencia del agente en el grupo criminal organizado vulnera los derechos a la intimidad en el sentido amplio y estricto, siempre que el inicio de investigación encubierta venga marcado por las siguientes vicisitudes en la preceptiva autorización fiscal sobre la prueba resultante. En ese sentido, la filtración practicada, en todo momento, sin contar con la obligada autorización fiscal inicial; la infiltración ejecutada en un primer momento con autorización fiscal, pero desarrollada en un segundo momento, tras el agotamiento del plazo de duración establecido por el fiscal sin autorización de concesión de prórroga; la autorización fiscal inicial conferida sin respeto a las exigencias dimanantes del principio de prohibición de exceso y ausente de una motivación suficiente, da lugar a la exclusión de lo obtenido por ilegítimo.

Primer aspecto problemático: ¿Qué sucede si el Ministerio Público autoriza una investigación encubierta y tras el obligado control judicial –por tratarse de investigación que pueda vulnerar derechos fundamentales, que sobrevino con posterioridad– la autoridad penal decide revocar la infiltración permitida por el fiscal? En primer lugar, es de señalar que el fiscal es quien puede autorizar a miembros de la PNP mediante disposición a actuar como agente encubierto (artículo 340.1 CPP). Sin embargo, cuando se limitan derechos fundamentales se necesita la autorización del juez (artículo 340.5 CPP), por lo que su obtención, igualmente, es ilegítima.

B. Violación del domicilio

La información lograda en virtud del agente encubierto en un lugar privado o domicilio *ex constitutione*, sin contar con autorización judicial o sin concurrir flagrancia delictiva, pero con la autorización del delincuente, no presenta problemas en tanto el legislador reguló expresamente el engaño de la infiltración como título legitimador del consentimiento viciado del titular para entrar en un domicilio.

2.5.3. Testimonial del agente encubierto

La normativa procesal de la infiltración no modifica, en modo alguno, las reglas generales sobre la aportación y valoración de la declaración testifical en el acto oral. La declaración del agente no ratificado, en forma alguna, en el juicio oral, tiene el valor de una denuncia y, por tanto, no constituye un medio de prueba sino, un objeto de la actividad probatoria. Los hechos de conocimiento propio del agente han de ser aportados al juicio oral mediante la prueba testifical. En cualquier caso, la prueba para poder recibir la valoración del Tribunal han de practicarse en juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción e igualdad [GÓMEZ DE LIAÑO].

2.6. Problemas probatorios

2.6.1. Efectos probatorios

La circulación y entrega vigilada de bienes de origen delictivo constituye una diligencia de investigación sumarial limitativa de derechos fundamentales, que participa, en su caso, de la naturaleza jurídico-procesal de acto de aseguramiento de la prueba apto para enervar la presunción de inocencia en el juicio oral, en tanto en su adopción y en su práctica vengan plenamente satisfechas las exigencias legales y constitucionales al respecto.

2.6.2. Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial

En principio, las diligencias policiales previas al proceso recogidas en los informes policiales carecen de valor probatorio. Sin embargo, esta regla ha recibido matizaciones en relación con determinadas situaciones contenidas en el informe policial que, en relación a las exigencias de la prueba preconstituida constituyen una fuente de datos objetivos e irrepetibles.

2.6.3. Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación

La corrección de la actuación de la autoridad policial, junto con la observancia del resto de exigencias formales materiales y objetivas, convierte el acto de aseguramiento de la fuente de prueba en un supuesto de prueba preconstituida, sobre la cual el juez puede extender su absoluto conocimiento en la fundamentación de la sentencia.

2.6.4. Identificación y recogida del cuerpo del delito

La correcta actuación policial en la identificación y ocupación del cuerpo del delito preconstituye prueba sobre el delito, que precisará de la lectura del acta en el juicio oral. Ergo, cuando la PNP certifica el contenido ilícito de las remesas en el informe policial preconstituye el hecho objetivo del delito, pero resulta necesaria la ratificación y declaración testifical en el acto oral, si se le cuestiona.

2.6.5. Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida

La circulación y entrega vigilada configurará un acto de aseguramiento de la prueba que enerva la presunción de inocencia, no solo cuando se cumpla los requisitos de prueba preconstituida sino también en la disposición de la operación fueran observadas las exigencias legales. Los resultados de la circulación y entrega vigilada han de quedar excluidos de la apreciación en la sentencia cuando la operación integre una prueba prohibida. Aun cuando resulta factible que la diligencia de circulación vigilada conduzca a la adopción de otros medios de investigación, en verdad, la práctica acredita lo contrario. Normalmente, la disposición de una entrega controlada encuentra su razón de ser en la información obtenida a través de otras diligencias de investigación.

Si bien es cierto que el supuesto de hecho del cual parte la prueba prohibida en la circulación vigilada es frontalmente opuesto al caso de la prueba prohibida en materia de agentes encubiertos, no lo es menos que la teoría refleja que residenció los efectos de la prueba prohibida en el ámbito de los agentes encubiertos, también ha de imperar, en el ámbito de la circulación y entrega vigilada, como en cualquier otro análisis de la extensión de los efectos de la prueba prohibida.

3. La circulación y entrega vigilada

3.1. Definición

Es una medida o técnica concebida inicialmente para la lucha contra el tráfico ilícito de drogas (Convención de Viena de 20-12-88) y, luego, extendida a

otros delitos graves, de carácter organizado, destinada a perseguirlos con eficacia. Por esta medida se permite, conforme al artículo 340.1 CPP, que los bienes delictivos o remesas sigan su curso criminal sin que la autoridad intervenga, a pesar de conocer que el delito está teniendo lugar, hasta un momento ulterior con la finalidad de detener y desarticular el mayor número de los elementos integrantes de la organización delictiva (STSE de 20-03-96).

Lo que se pretende es que una serie de bienes delictivos, que en principio debían ser de inmediato intervenidos y detenidos quienes los tuvieran en su poder, circulen por territorio peruano o salgan o entre en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a los expresamente fijados por la ley, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines. La intencionalidad legal es, entonces, simple: legitimar el seguimiento policial controlado de los bienes delictivos, para localizar su origen y destino y, con ello, a los responsables de las redes de producción o distribución [Montón Redondo]. El entendido es que el Estado tiene facultad para vigilar, acechar y espiar lo que hacen los enemigos de la sociedad [PEÑA CABRERA].

En la doctrina se distingue hasta tres tipos de entrega vigilada: (i) entrega vigilada con sustitución o limpia, en donde las especies o bienes ilícitos originales que deben circular son sustituidos total o parcialmente por objetos o sustancias similares pero inocuos o lícitos; (ii) entrega vigilada interna que tiene lugar cuando la información sobre la remisión de especies ilícitas es obtenida por las autoridades del Estado de destino de las mismas; y, (iii) la entrega vigilada externa que se produce en los casos sobre la remisión y circulación de las especies ilícitas es recepcionada o producida por las autoridades del Estado en donde se origina el envío o por las autoridades de cualquier otro Estado por donde la remesa ilegal debe transitar hacia su lugar de destino.

Esta medida, entonces, debe ser considerada, en lo inmediato, como una exención de la obligación que incumbe a las autoridades policiales y fiscales de denunciar y perseguir los delitos presuntamente cometidos de los que tengan conocimiento. Además, tiene una finalidad indagatoria de modo inmediato y, también, de carácter probatoria en lo mediato por cuanto permite la adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba a valorar por el juez una vez incorporadas debidamente al proceso [LÓPEZ YAGÜES].

3.2. Objeto

Se extiende a las remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos. Según el apdo. 4 del artículo 340 del CPP, los bienes delictivos son drogas tóxicas y demás sustancias prohibidas, materias primas o insumos destinados a su elaboración, bienes y ganancias en el delito de lavado de activos, bienes relativos a los delitos aduaneros, y bienes, materiales, objetos y especies referentes a los delitos de extracción de bienes culturales, especies de la flora o fauna protegidas y de especies acuáticas, delitos monetarios, y de armas y explosivos.

3.3. Procedimiento

Esta medida la puede adoptar el fiscal, a cuyo efecto emitirá una Disposición –la decisión debe ser específica de su objeto y finalidad–. Para su adopción rige el principio de proporcionalidad, debe tenerse en cuenta su necesidad o relevancia a los fines de la investigación en relación con las características del bien delictivo de que se trate, la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia. Se trata de descubrir un delito cometido por una organización criminal, que se encuentra fuera del conocimiento de las autoridades.

3.4. Envíos postales

Cuando el bien delictivo se encuentre en envíos postales, el apdo. 3 del citado artículo 340 CPP estipula que la apertura o la sustitución de su contenido deberá realizarse respetándose las garantías judiciales –señaladamente, de previa orden judicial– (STCE 329/2004), excepto el requisito de la presencia del interesado –por razones obvias de eficacia de la entrega vigilada–. La intervención postal es aquella medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones postales decretada normalmente contra un investigado –emisor o receptor de la comunicación– [GUERRERO PERALTA].

El acto de apertura preliminar del envío postal se mantendrá en secreto hasta la culminación de las diligencias preliminares, pero puede prolongarse por quince días luego de formalizada la investigación preparatoria.

La aplicación de semejante procedimiento es legalmente adecuado e incluso imprescindible para el efectivo descubrimiento del autor de la infracción, que, de otro modo, sería muy difícil hacerlo (STSE 2114/2002, de 18 de diciembre).

4. Las operaciones encubiertas

4.1. Definición

La Ley n.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 delito de trata de personas y contra la administración pública previsto en los artículos 382 al 401 del CP. El artículo 341-A CPP identifica este acto de investigación especial como propio de la subfase de diligencias preliminares, destinado a las tareas de identificación de personas naturales y jurídicas, de bienes y de actividades, en todos los casos, referidos o vinculados a la criminalidad organizada. Ese es su objeto.

Como se trata de un acto de investigación restrictivo de la garantía-derecho fundamental de defensa procesal, pues se realiza sin el conocimiento de los investigados, requiere que la Policía Nacional –que es el órgano ejecutor– sea autorizada, mediante una Disposición fundada, por el Ministerio Público.

Las actividades de averiguación policial importan, de un lado, la denominada protección legal –esto es, seguridad o custodia velada o subrepticia, de modo tal que no sea posible su identificación– de personas jurídicas, bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, al punto de requerir su sustitución; y, de otro lado, la creación específica, por parte del fiscal, de personas jurídicas ficticias y la modificación de personas jurídicas ya existentes, siempre en este último caso, como es obvio, que no afecten a terceros titulares de las mismas. Asimismo, puede autorizar que personas naturales encubiertas puedan participar en los procesos de selección, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado. Se trataría, entonces, de personas jurídicas ya creadas o sin funcionamiento u operatividad real y de personas jurídicas artificiales o simuladas, para que intervengan en el tráfico jurídico y, de ese modo, puedan permitir que se conozca las actividades de otras personas jurídicas, las ocupaciones o funciones de individuos, los bienes comprometidos en su lógica delictiva y su *modus operandi*, al punto que incluso realicen contratos o negocios jurídicos con dichas personas morales o naturales para desentrañar la criminalidad de su conducta. Se trata, pues, de un acto de investigación indirecto. Por su intermedio, restringiendo el derecho de defensa y, parcial o limitadamente, el derecho de propiedad, se busca conocer la trama organizativa y funcional de concretas actividades delictivas del crimen organizado.

Estas diligencias preliminares requieren que el juez penal confirme lo actuado. Esta resolución es impugnabile.

4.2. Procedimiento

El fiscal es el órgano facultado para disponer la realización de operaciones encubiertas; mientras que la Policía, el organismo calificado para su ejecución, sin que ello signifique la necesidad de las labores de superintendencia del Ministerio Público, pero no el reemplazo o marginación de la Policía. La ley fija competencias específicas que no pueden ser alteradas por el fiscal instructor.

La Fiscalía debe emitir una Disposición, con arreglo al artículo 122.2 CPP, pues al importar esta diligencia una restricción de una garantía-derecho fundamental se necesita de la respectiva motivación y su acomodación a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad. La Ley hace mención a la exigencia de indicios de criminalidad o de sospecha fundada –en el sentido de que existan algunos datos concretos que revelen la posibilidad cierta de la existencia de la comisión de delitos alrededor de la criminalidad organizada–; y, como matriz imperativa de la afectación de un derecho fundamental, la medida se fundamentará –desde el principio de proporcionalidad– en la satisfacción de los subprincipios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, en los ámbitos de una investigación correctamente iniciada y desarrollada por la Fiscalía y la Policía.

La autorización materia de la Disposición Fiscal debe inscribirse en un registro especial, conforme a lo estipulado y siguiendo lo consignado, en lo pertinente, en el apdo. 2 del artículo 341 CPP. Los resultados de la operación encubierta no se agregan al expediente principal, sino en un “cuaderno secreto” –cuyas pautas deben reglamentarse por el fiscal de la Nación, pero ciertamente se agregarán los informes policiales respectivos, las actas levantadas y los hallazgos e incidencias producidas–, al que solo tendrán acceso los fiscales y los jueces competentes para el caso en concreto.

4.3. Valoración

La eficacia procesal del resultado de una Operación Encubierta está condicionada, primero, a la estricta legalidad del procedimiento jurídico de autorización –motivación de la Disposición autoritativa y precisión de los actos encubiertos autorizados–; y, segundo, a que en su ejecución no se afecten derechos que requieran de una autorización judicial expresa y no se lleven a cabo actuaciones no autorizadas. Si las fuentes de prueba son de obtención legítima –el hallazgo resultante de las diligencias encubiertas–, el elemento de prueba obtenido puede ser valorado libremente por el órgano jurisdiccional, y por ende constituir

fundamento para una sentencia. Su exacto valor o peso, desde luego, estará en función a la información obtenida, a su calidad y a la pertinencia y relación con las demás pruebas de cargo.

5. Operativo de revelación del delito

5.1. Definición

Es un acto especial de investigación o, propiamente, una técnica investigativa, que consiste en la realización de una operación compleja –un procedimiento de ejecución– por medio del cual se busca descubrir diversos aspectos de la comisión de un hecho punible –no necesariamente los graves comprendidos en el Título Cuarto del Libro Tercero del CPP–. Específicamente, persigue identificar y, de ser el caso, detener a sus presuntos autores, así como para esclarecer o dilucidar un evento delictivo determinado.

La revelación del delito requiere la acción conjunta, coordinada, de la Fiscalía y la Policía, así como, si así lo decide el Fiscal, la asistencia y participación de otras entidades (v.gr.: SUNAT, Contraloría General de la República, órganos de control ambiental, etcétera), siempre que ello no genere un riesgo, se entiende alto, para la integridad de los intervinientes en el procedimiento o de la propia operación de revelación.

5.2. Notas características

La revelación del delito tiene varias notas características. 1. Para ser tal, se requiere la intervención conjunta y coordinada de la Fiscalía y la Policía –la coordinación debe entenderse, aun cuando no se traten de organismos de un mismo nivel jerárquico, como la acción, dirigida por la Fiscalía, por la cual ambas instituciones forman un conjunto armonioso para la consecución de un objetivo común–. 2. Eventualmente se puede contar con la intervención de otras entidades del Estado para ayudar, mediante su apoyo logístico y técnico, en la misión de esclarecimiento del delito. 3. Los delitos que pueden ser pasibles de esta medida no necesariamente son los vinculados al crimen organizado, pero desde luego éstos han de ser graves y complejos, o que importen la comisión de varios hechos o la intervención delictiva de varias personas, que obliguen, por su propia magnitud o entidad, una operación conjunta de amplias o variadas dimensiones. 4. Una excepción a la intervención personal del Ministerio Público se producirá en los casos en que se amenace la vida, la integridad y la libertad personal de la víctima –solo en ellos– y, además, consten circunstancias que imposibiliten, con la prontitud requerida, su asistencia, sin

perjuicio de que el fiscal se persone al lugar de los hechos lo más pronto posible, a fin de que convalide los actos policiales. La convalidación significa, por parte del fiscal, confirmar o revalidar las actuaciones realizadas por la policía, claro está en tanto en cuanto no han vulnerado los derechos fundamentales y las notas características antes indicadas, como expresión del principio de legalidad procesal.

VIII. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. El plazo

La naturaleza temporal del proceso penal y la exigencia del plazo razonable como un derecho que integra la garantía del debido proceso impone que la investigación del delito una vez que se inicia debe cumplir líneas de tiempo delimitadas para no afectar los derechos individuales de las personas involucradas en él y evitar la pérdida de las fuentes de prueba y la huida o desaparición de los intervinientes en su comisión. Así, el procedimiento de investigación preparatoria formalizada está sujeto, al igual que las diligencias preliminares, a plazos determinados, aunque flexibles en función a la entidad o alcance de la misma. No se han previsto plazos de conclusión de las otras etapas del proceso ni un plazo general para la culminación de todo el proceso, según instancias y/o de modo global.

El artículo 342 CPP establece un plazo ordinario común perentorio, para la conclusión de la investigación: ciento veinte días naturales. El *dies a quo*, o inicio del cómputo del plazo, se cuenta a partir de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, lo que es así porque la sub fase de diligencias preliminares tiene su propio plazo y está sujeto a variadas contingencias (Sentencia Casatoria n.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 (artículo 122.2 CPP).

El apdo. 2 del artículo 342 CPP reconoce un plazo ordinario especial, radicado en las investigaciones complejas, de ocho meses, salvo el caso de delincuencia organizada en que el plazo es de treinta y seis meses. Asimismo, la prórroga –plazo prorrogado–, por un plazo igual, está condicionada a las mismas causas justificadas indicadas en el apdo. 1 del referido artículo. El fiscal, entonces,

debe explicitar con todo rigor las razones del plazo que fija [PEÑA CABRERA-FREYRE].

2. El proceso complejo

El apdo. 3 del artículo 342 CPP define lo que es un proceso complejo. La citada norma identifica ocho supuestos: **1.** Actuación de una cantidad significativa de actos de investigación. **2.** Investigación de numerosos delitos. **3.** Incorporación en la causa de una gran cantidad de imputados o agraviados. **4.** Indagación de imputados integrantes o colaboradores de organizaciones criminales. **5.** Elaboración de pericias que importan revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos. **6.** Ejecución de gestiones procesales fuera del país. **7.** Revisión de la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. **8.** Investigación de la delincuencia organizada.

Sin duda, se trata de una relación de circunstancias, cuya interpretación debe ser teleológica, por lo que el presupuesto necesario para su configuración jurídica estriba en que la especial dificultad y objetiva complejidad de las actuaciones debe ser real. Un acto de investigación, en concreto, será complejo si su actuación requiere una variada y difícil realización de actos sucesivos de carácter previo o coetáneo.

3. El proceso contra organizaciones criminales

La Ley 30077 introdujo un nuevo plazo para los procesos contra organizaciones criminales. Éste es de 36 meses, prorrogables por resolución judicial previo requerimiento fiscal 36 meses más. Son pues dos distintos plazos ordinarios especiales: para procesos complejos y para procesos contra organizaciones criminales.

4. La determinación del plazo

En tanto el señorío de la investigación corresponde al Ministerio Público, el fiscal del caso es quien define el momento de su conclusión. Lo hará cuando considere que la investigación preparatoria ha cumplido su objeto, esto es, si se han llevado a cabo las actuaciones necesarias para poder decidir si pide el sobreseimiento o si formula acusación (artículo 343.1 CPP). La fijación o determinación de un plazo concreto es solo el límite objetivo de carácter temporal de duración de la investigación. En consecuencia, es posible, si el fiscal considera que ya no tiene otras diligencias que realizar, las dé por 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 artículo 321.1 CPP; y, **2)** que los derechos del imputado –incluso de las demás partes procesales– no sean afectados irrazonablemente [PEÑA CABRERA-FREYRE]. El Tribunal Constitucional, por lo demás, ha señalado los criterios que, en su día, el TEDH fijó: **1.** gravedad y clase o naturaleza del delito imputado; **2.** características del hecho objeto de investigación; **3.** dificultad y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento; y, **4.** actitud del fiscal y del encausado, esto es, diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado (STC 7624-2005-PAC/TC).

5. La intervención del juez de la investigación preparatoria

Si vencido el plazo respectivo el fiscal no dicta la providencia de conclusión de la investigación, entonces cualquiera de las partes, motivadamente, puede instar su cierre ante el juez de la investigación preparatoria. El juez, a estos efectos, luego de cumplir el trámite previsto en el apdo. 2 del artículo 8 CPP: recabar información al fiscal acerca de los sujetos procesales personales, y formular el juicio de admisibilidad correspondiente, citará al Fiscal y a las demás partes a una “audiencia de control del plazo”. El fiscal asistirá obligatoriamente y exhibirá el expediente fiscal (artículo 8.3 CPP). Escuchadas las partes, por su orden, y revisadas las actuaciones fiscales, el juez de la investigación preparatoria dictará el auto correspondiente.

El juez puede estimar o desestimar, motivadamente, la solicitud de las partes privadas. Si estima la petición, ordenará al fiscal que en el plazo de diez días se pronuncie formulando acusación o solicitando el sobreseimiento. El incumplimiento del fiscal a cumplir el mandato judicial acarrea responsabilidad disciplinaria: es un plazo impropio, que no determina caducidad alguna. La Ley no se ha puesto en el caso de una persistencia en el incumplimiento; no tiene, como el modelo chileno, la posibilidad de dictar el sobreseimiento de la causa.

6. Investigación preparatoria y control del plazo

6.1. Aspectos generales

Es de partir de unos conceptos iniciales. En primer lugar, los actos procesales constituyen el elemento objetivo del proceso –que significa sucesión y continuidad–. De un lado, se entiende que el conjunto organizado de actos

integra la actividad procesal, que está gobernada por reglas técnicas. De otro lado, se reconoce que los actos procesales son realizados por cada uno de los sujetos en el proceso y son manifestaciones de voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos en él [QUINTERO/PRIETO].

En segundo lugar, el acto procesal, consistiendo en un comportamiento voluntario humano con influencia sobre el proceso –a cuya constitución puede, incluso preceder–, presenta un aspecto formal, que es objeto de un conjunto de disposiciones. Así las cosas, el acto procesal debe encuadrarse dentro de los límites de tiempo y de lugar, y debe asumir un hábito externo idóneo para hacerlo conseguir los efectos a que tiende. El conjunto de estas condiciones que el ordenamiento pone para el cumplimiento de los actos procesales, constituye la forma del acto [LEONE].

En tercer lugar, el proceso penal, como cualquier otro, ocupa un espacio en el curso del tiempo. La sucesión de actos que él implica, encadenados los unos con los otros, cubre una sumatoria total que hace a la duración que se asigna para todo el proceso. Este tiempo total de duración del proceso se enlaza y funda con la demanda de terminación razonable de éste, conforme con los graves intereses que el juicio penal compromete [MORAS MOM]. En las nomenclaturas modernas proceso designa toda la secuencia judicial acerca de determinado acto; es una voz metafórica, con sentido traslaticio; los actos componen series definidas por las relaciones anterior y posterior: varias normas cuantifican los intervalos, y los plazos y términos son la respectiva medida [CORDERO].

Existe, por consiguiente, una triple relación del proceso con el tiempo: en primer lugar, el tiempo es el marco de la actividad procesal; en segundo lugar, es su ordenador; y, en tercer lugar, constituye una condición formal [ALZAMORA VALDEZ].

La determinación temporal del acto procesal depende de una exigencia de organicidad de las actividades procesales, que tiende a asegurar una actuación de la justicia rápida, pero también ordenada, y a reafirmar el sentido de confianza en la función de la justicia [LEONE].

En esta perspectiva el Título II “Los Plazos” de la Sección I “Preceptos Generales” del Libro II “Actividad Procesal” del Código Procesal Penal –en adelante, CPP– (artículos 142/148) reconoce, por lo menos, tres notas características del régimen jurídico de los plazos de las actuaciones procesales en lo que respecta al factor tiempo, al orden lógico de las cosas, a su coordinación temporal. Son las siguientes:

Primera, la realización de las actuaciones procesales, sin dilación, dentro del día y hora precisados. Se computan según el calendario común. Es obvio que si los plazos son por meses y años se computan de fecha a fecha [GARBERÍ LLOBREGAT].

Segunda, los plazos fijados en días no incluyen días inhábiles, salvo el caso de las medidas coercitivas personales. Si en este supuesto (medidas coercitivas personales) el plazo vence en día inhábil, se prorroga de pleno derecho al día siguiente hábil.

Tercera, el vencimiento de un plazo máximo implica la caducidad de lo que se pudo o debió hacer, salvo que la ley permita la prórroga –es la nota de improrogabilidad, que genera como efecto la preclusión o imposibilidad de práctica posterior del acto no realizado en tiempo oportuno–. La caducidad, empero, no se extiende a aquellos plazos que sólo tienen como fin regular la actividad de los fiscales y jueces. Se trata de “plazos improprios”, cuya inobservancia solo acarrea responsabilidad disciplinaria –así lo estableció la Corte Suprema para el caso de los plazos del procedimiento de investigación: Sentencia Casatoria 54-2009/La Libertad, de 20-7-2010–.

Íntima relación con el tiempo de las actuaciones procesales –vinculada a términos y plazos– no solo tiene la institución de la preclusión –relacionada, como efecto con la caducidad y con la invalidez del acto–, sino también la institución de prórroga de los plazos –concesión de nuevos plazos– y, finalmente, la cosa juzgada. La prórroga del plazo, conocida también como dispensa del plazo, tiene por fin atemperar la inexorabilidad de los plazos perentorios; es un correctivo que autoriza al fiscal o juez ordenar la práctica de aquellas actuaciones omitidas y que el estado de la investigación aconseje [FLORIÁN].

El Código Procesal Civil –en adelante, CPC–, en su artículo 144 “actuación diferida”, aplicable al procedimiento penal –en tanto conjunto de actos que se suceden en el tiempo y se anteponen unos a otros [MORENO/CORTES]– por imperio de su Primera Disposición Complementaria, expresamente autoriza al juez, en los casos de actuaciones procesales que requieran más tiempo del plazo previsto, a suspenderlas para su continuación al siguiente día hábil o cuando el juez lo fije, lo que debe hacerse constar en acta. Esta regla es útil, por ejemplo, en el caso de audiencias preparatorias y preliminares que, por su propia complejidad, demande un tiempo de realización más extenso del legalmente previsto.

En suma, la eficacia del acto procesal depende que sea actuado en momento oportuno y la ley reglamenta el tiempo fijando límites a la actividad de los sujetos [QUINTERO/PRIETO].

Es de distinguir dos conceptos: término y plazo. En ambos casos se trata de requisitos de tiempo que han de observarse para la válida realización de las actuaciones procesales –todos y cada uno de los actos del proceso–. Su función es, primero, regular el impulso procesal a fin de hacer efectiva la preclusión de las distintas etapas del proceso que permiten su desarrollo progresivo; y, segundo, defender los derechos de los litigantes, evitando que éstos puedan resultar víctimas de las astucias de la parte contraria o de arbitrariedades de la autoridad [ALSINA]. A final de cuentas, el valor seguridad jurídica y la garantía de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 Const.) informan los tiempos procesales, su régimen jurídico.

La voz “término” está referida a la concreta fecha en la que debe tener lugar un acto procesal. Identifica un concreto momento de ejecución de una determinada actuación procesal. Vale decir, determinaciones de tiempo para un momento fijado anteriormente.

En cambio, la voz “plazo” se circunscribe a un momento o fecha cualquiera de los muchos incluidos en un periodo de tiempo que se delimita al efecto. El acto procesal se practica dentro de un espacio o lapso temporal fijado para su posible desarrollo, a partir de la indicación de su fecha de inicio (*dies ad quo*), en que ha de iniciarse el cómputo, y de finalización (*dies ad quem*), a partir del cual el plazo ha de entenderse agotado [ASENCIO MELLADO]. Es, pues, el espacio de tiempo dentro del cual debe ejecutarse un acto procesal.

Respecto de los plazos de duración del proceso, en función a las etapas procesales, el CPP solo fija un plazo general para la etapa de investigación preparatoria. El Código ha renunciado a fijar un plazo general de duración del proceso penal o, por lo menos, del proceso penal declarativo de condena en primera instancia. Los demás plazos se refieren a concretas actuaciones procesales o serie de actos dentro de cada etapa. El plazo legal, por lo demás, evita la manipulación del sistema de justicia penal –el decisionismo y la arbitrariedad– acerca de la duración del proceso, al establecer un límite absoluto al ejercicio de la acción penal [ALARCIÓN MENÉNDEZ].

La etapa de “investigación preparatoria”, definida en el artículo 321 CPP, puede dividirse en dos períodos: (i) diligencias preliminares –que la puede realizar la Policía o el Ministerio Público (artículo 330.1 CPP)–; y, (ii) investigación preparatoria formalizada. Si bien la investigación preparatoria, como institución procesal básica, siempre es necesaria, pues una persona antes de ser acusada debe haber sido investigada y tenido la oportunidad de defenderse, incluso solicitando la realización, interviniendo en todos los que se realicen y, finalmente, alegar sobre ellos –nuestro

Código adoptó la modalidad de “investigación participativa”–; lo cierto es que, en determinados supuestos, puede faltar alguna de ellas. En el primer caso, cuando la denuncia que se presentó al Fiscal está escoltada de información razonable sobre el caso –por su contenido es posible hacer un juicio de “sospecha reveladora”– (artículo 336.1 CPP); y, en el segundo caso, cuando las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión –es la denominada “acusación directa”, que parte de la noción de “sospecha suficiente”– (concordancia de los artículos 336.4 y 344.1 CPP).

Estas dos realidades procesales (diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada) están sujetas a plazos específicos para cada una de ellas, aunque, como apunta el artículo 337.2 CPP, se conciben unitariamente, pues lo central de ambas: realizar actuaciones de investigación y medidas de aseguramiento, están sujetas a una misma regulación.

El artículo 334.2 CPP estipula que el plazo de las “diligencias preliminares” es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. Empero, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación –la propia ley autoriza el ejercicio de la discrecionalidad, que estando reconocida por la ley no importa arbitrariedad ni ilegalidad alguna–.

El artículo 342 CPP regula el plazo de la “investigación preparatoria formalizada”. Los plazos son variables en función a las características de la investigación preparatoria. Se reconocen plazos ordinarios y plazos prorrogados.

1. El plazo ordinario es de ciento veinte días naturales para las investigaciones simples; es de ocho meses para las investigaciones complejas; y, es de treinta y seis meses para las investigaciones contra integrantes de organizaciones criminales.
2. El plazo prorrogado es de hasta sesenta días naturales para las investigaciones simples; y por un plazo igual para las investigaciones complejas y contra integrantes de organizaciones criminales: hasta ocho meses para el primer caso y hasta treinta y seis meses hasta el segundo caso.

En ambos tipos de plazos, de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria formalizada, el CPP introdujo el régimen de su control judicial en aras de afirmar la celeridad procesal y la interdicción de las dilaciones indebidas, que integran la garantía genérica del debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución –en adelante, Const.–).

El artículo 334.2 (tercera, cuarta y quinta oraciones) CPP, estipula que cualesquiera de las partes que se considera afectada por la duración excesiva de las diligencias preliminares y el fiscal no les pone término, acudirá el Juez de la Investigación Preparatoria para que, previa audiencia, decida sobre el particular y, en su caso, les ponga fin.

El artículo 343. 2 y 3, CPP establece que si vencidos los plazos el Fiscal no da por concluida la investigación preparatoria formalizada, la parte procesal afectada podrá acudir al juez pidiéndole declare su finalización, quien previa audiencia dictará la resolución que corresponda.

6.2. Plazo de las Diligencias Preliminares

La concordancia de los artículos 329.1, 330. 1 y 2, 334.2 y 337.2 CPP configuran lo que se denomina “régimen jurídico de las diligencias preliminares”. Estos preceptos contienen, en lo que nos ocupa, unas reglas expresas en materia de plazos y su control. Para entenderlas, empero, cabe hacer mención a lo que se denomina “naturaleza jurídica” de las diligencias preliminares, cuya fuente es el anterior Código de Procedimiento Penal Colombiano y el artículo 94.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Conforme al artículo 330.2 CPP su “[...] finalidad inmediata es realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente” [el subrayado es nuestro].

Las diligencias preliminares se decretan si falta concretar la sospecha de la comisión de un hecho presuntamente delictivo, tanto respecto de su objetividad típica cuanto de la intervención de los sujetos activos y pasivos del presunto delito, sin perjuicio de realizar actos de aseguramiento de las fuentes de investigación física o material y de las personas involucradas en su comisión. La “concreción” significa (i) la obtención –conseguir u ocupar– de fuentes de investigación (cosas y personas), y (ii) la realización –efectuar, llevar a cabo o ejecutar– de medios de investigación precisos para comprobar, con cierto nivel de solvencia, los hechos acaecidos e identificar a los participantes en ellos (no solo imputados y agraviados, sino también testigos y peritos, así como otras fuentes de información). Se trata de la obtención y comprobación de lo más esencial y seguro de lo que pretende esclarecerse.

Pero, en tanto se trata de un período singular dentro de la etapa de investigación preparatoria, las diligencias preliminares no están destinadas a realizar todo tipo de actos de investigación o de aseguramiento. Solo pueden realizarse actos urgentes o inaplazables. El juicio de urgencia, desde sus propios términos, está relacionado con la temporalidad en la actuación de los actos que deban llevarse a cabo; no de otro modo puede interpretarse, pues de lo contrario se desnaturalizaría su esencia.

Lo primero, lo urgente, significa que debe tratarse de una actuación (obtención de fuentes de investigación o ejecución de medios de investigación) que debe realizarse de modo apremiante o prontamente. Es aquello que no puede esperar desde las exigencias del caso concreto y resulta patente su inmediata ejecución o actuación por no requerir el cumplimiento previo de alguna exigencia legal o situacional.

Lo segundo, lo inaplazable denota lo que no se puede postergar o diferir. Debe hacerse ya, pues su no actuación inmediata genera el riesgo de que esa diligencia pueda perderse o que no consiga el efecto deseado [véase: DRAE].

Lo determinante, entonces, es la cualidad temporal de las concretas actuaciones procesales que ha de llevar a cabo el Fiscal. Las referidas actuaciones, una vez identificadas, han de demandar su realización inmediata o pronta, sin dilaciones. El acto de obtención de fuentes de investigación o de ejecución de medios de investigación debe tener entidad suficiente para concretar, en su día, una sospecha reveladora del delito y sus participantes (artículo 336.1 CPP: para posibilitar la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria).

Así las cosas, las diligencias preliminares si bien pueden constituir medios válidos de investigación, y, como tal, este procedimiento de investigación preliminar está reglado puntualmente, únicamente tiene por objeto determinar si procede la incoación de proceso [CALDERÓN-CHOCLÁN]. Se trata, en suma, de una investigación inicial ante la *notitia criminis*; comprende las primeras declaraciones, actuaciones investigativas y aseguramiento de las primeras fuentes de investigación –no elementos de prueba, que se refiere al resultado de los medios de prueba, al aporte que contiene– [SÁNCHEZ VELARDE].

Lo urgente o inaplazable de las actuaciones procesales en sede de diligencias preliminares, vinculadas al tiempo en que han de ejecutarse y a la necesidad de su obtención o realización, explicaría, de un lado, la brevedad y unicidad del plazo: solo sesenta días (artículo 334.2 CPP) –sin perjuicio de que el plazo se flexibiliza,

sin tiempo fijo, ante investigaciones con cierto nivel de complejidad—; y, de otro lado, la no previsión expresa de plazos de prórroga.

Se trata de decidir si se inculpa formalmente o no a una persona, no si se le debe acusar, es decir, concretar cargos para su enjuiciamiento, de suerte que solo se requiere sospecha reveladora, no sospecha suficiente, que es una exigencia de mayor conocimiento y convencimiento.

Este, sin embargo, no ha sido el criterio adoptado por la Sentencia Casatoria 528-2018/Nacional, de 11-10-2018. En esta oportunidad la Corte Suprema señaló que la interpretación de lo urgente e inaplazable no puede limitarse a una interpretación temporal sobre su actuación, pues existen determinadas actuaciones que no pueden realizarse en un breve periodo de tiempo (Fundamento Jurídico Sexto). Tal interpretación, empero, rebasa los alcances del enunciado legal, pues la pertinencia de los actos de investigación en sede preliminar está condicionada a que se trate de actos urgentes o inaplazables; y, su definición —dentro del sentido literal posible del precepto— no puede desconocer este mandato normativo, lo que, por lo demás, es compatible con la naturaleza jurídica y objeto del procedimiento de investigación preliminar.

Es cierto que existen actos de investigación complejos y que demandan un tiempo de ejecución considerable, que eventualmente puede rebasar los fijados para tal procedimiento investigativo. Sin embargo, la razonabilidad del plazo exige que lo más complejo debe concluir durante el procedimiento de investigación preparatoria formalizado, tanto más si para formular una inculpación formal solo se requiere sospecha reveladora, no sospecha suficiente, menos alta probabilidad de condena.

De otro lado, es de preguntarse si cabe un plazo de prórroga en las diligencias preliminares. Una primera interpretación, estricta sin duda, es que no es posible, porque la ley no lo permite, pese a que en otras muchas instituciones procesales asociadas a plazos de duración, en especial en el caso de la investigación preparatoria formalizada, sí lo autoriza expresamente. Una segunda interpretación, que intentaría compatibilizar la investigación con las necesidades de su prórroga autorizada en el caso de la investigación preparatoria formalizada y, asimismo, para evitar procesamientos indebidos o, por el contrario, la impunidad, en función a la carga procesal y a las dificultades objetivas de las actuaciones que han de realizarse, considera que, en vía supletoria, es posible hacerlo acudiendo a otros preceptos del ordenamiento procesal.

Es de reconocer que el principio de legalidad procesal es un derecho que integra la garantía del debido proceso [SAN MARTÍN CASTRO]. Nuestro CPP adoptó

el principio de legalidad de las formas. El CPP, en su artículo 334.2, no prevé taxativamente plazos de prórroga, pese a que en varias instituciones similares sí los incluyó. La prórroga del plazo solo procede por autorización legal expresa (artículo 144.1 CPP). La observancia de los plazos para fiscales y jueces ha de ser rigurosa (artículo 144.2 CPP).

Ahora bien, la realidad impone soluciones creativas a los fiscales y jueces. Para ello, es posible acudir al artículo 145 CPP, que instituye lo que se denomina “reposición del plazo”. Entre otros supuestos, procede cuando se presentan “[...] factores de fuerza mayor o de caso fortuito [haya] impedido de observar un plazo y desarrollar en él una actividad prevista en su favor, podrá obtener la reposición íntegra del plazo, con el fin de realizar el acto omitido [...]”. Se puede disponer de oficio o a pedido de parte, y la ausencia de culpa es lo determinante para su aceptación [VOLKS].

Es claro que la negligencia del Fiscal no se tipifica como fuerza mayor o caso fortuito, ni tampoco la complejidad misma de la investigación —en este caso la propia ley autoriza al Fiscal fijar un plazo judicial, más allá de los sesenta días—, salvo que luego, en el curso de las actuaciones, surjan circunstancias de especial dificultad imprevisibles en un primer momento. Debe estarse ante una circunstancia natural o física (catástrofes, terremotos, inundaciones) o social o institucional (huelgas, asonadas, interrupción de servicios públicos esenciales) o ante la no realización de concretas actuaciones procesales por una situación o defecto imprevisible, no imputable al fiscal —se entiende que las diligencias de cooperación judicial internacional, por su propia naturaleza, no pueden calificarse de urgentes o inaplazables dado que por lo general su tiempo de ejecución es muy extenso: no son propias de las diligencias preliminares—. Estos factores, determinantes de la reposición del plazo, quedan libradas al criterio del fiscal o, en su caso, del juez [ALSINA].

Por lo demás, no cabe una segunda prórroga o reposición del plazo. Éste debe ser inferior al fijado anteriormente y, como consecuencia del tiempo transcurrido, debe replantearse, justificadamente, lo que se requiere que realizar con urgencia. Al finalizar el plazo, con su actuación o sin ella —de las diligencias ordenadas y no actuadas—, el Fiscal debe decidir si archiva las actuaciones o si dicta la disposición de continuación y formalización de las investigaciones procesales. Es de tener presente, por lo demás, que si se archivan las actuaciones porque no se pudo conseguir indicios de criminalidad, eventualmente, ante nuevos aportes investigativos o ante la constatación de un procedimiento de investigación indebido, puede reabrirse la investigación por orden del Fiscal Superior (artículo 335.2 CPP).

El artículo 334.2, segunda oración, CPP, reconoce un plazo distinto al seguido para las investigaciones simples: el plazo para las investigaciones complejas. En estos casos prescribe que: “[...] el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación”. Se trata de un plazo judicial que, por su propia naturaleza, no tiene indicado en la ley un tiempo máximo. Sin duda, por el tipo de actos de obtención de fuentes de prueba y de medios de investigación que pueden realizarse en este período, no cabe que el plazo se homologue al de una investigación preparatoria formalizada. El plazo de prórroga siempre ha de ser menos extenso en el tiempo.

Los baremos de apreciación para la determinación del plazo son tres: **(i)** características del hecho investigado; **(ii)** complejidad de la investigación; y, **(iii)** circunstancias específicas del caso (artículo 334.2, segunda oración, CPP).

Como es patente, cada delito tiene sus propias características y la criminalística aplicada ha generado protocolos específicos para su dilucidación inmediata. No es lo mismo un delito de lesiones u homicidio que uno de lavado de activos, o un delito de organización criminal que uno de desobediencia a la autoridad, o un delito de corrupción que uno de rebelión o de terrorismo. Depende **(i)** del número de hechos presuntamente cometidos, **(ii)** de la cantidad personas involucradas (intervenientes, agraviados, testigos, peritos), **(iii)** de la vinculación entre estas últimas, **(iv)** de cómo se presente el caso en función a los participantes procesales –colaboración o posiciones de contradicción de los involucrados– y al rol que les corresponda, **(v)** de qué problemas para su esclarecimiento puedan advertirse desde un principio, **(vi)** de los recursos o logística que demanden su gestión y la recolección de información, **(vii)** de la existencia de que se cuenta o no con una especialización o un bagaje experimental en su comprobación en casos similares, etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás Altas Cortes nacionales tienen criterios de apreciación parecidos para fijar la razonabilidad del plazo. Ante un cuestionamiento al mismo, siempre se tiene presente, objetivamente, los hechos en sí –su propia gravedad y naturaleza–, el caso en su específica complejidad y la propia dinámica investigativa, así como la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo; y, subjetivamente, tanto la conducta del fiscal (si actuó o no diligentemente) como la de los investigados, si estos últimos realizaron conductas de mala fe procesal o de manifiesto abuso de su derechos procesales [SCIDH Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, de 27-11-2008, párr. 155; y, STC 3778-2004-AA/TC, de 16-11-2005, párr. 21].

Uno de los roles del Juez de la Investigación Preparatoria es el de controlar la legalidad de los plazos procesales (artículo 323.2 CPP). Lo hace, en este caso, previa audiencia, según el artículo 334.2, última oración, CPP.

En vista de que el señorío absoluto de las diligencias preliminares la tiene el Fiscal, un paso previo a la parte afectada para acudir al Juez es instar al Fiscal la conclusión de las diligencias preliminares; de no responder o de denegar su petición, en el plazo de cinco días la parte procesal afectada debe presentar su solicitud de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria. La conclusión de las diligencias preparatorias que ha de demandar la parte procesal afectada se plantea cuando el plazo se agotó o cuando el plazo fijado, en los casos de designación judicial, es irrazonable.

Las reglas de la audiencia preparatoria son las estipuladas, en lo pertinente, en el artículo 8 CPP –es la regla básica en materia de audiencias preparatorias y aplicable supletoriamente en todas las audiencias que se incoen durante la etapa de investigación preparatoria–. El Juez mediante auto motivado decide al respecto. Será un auto oral cuando el Juez resuelve la solicitud inmediatamente en plena audiencia; y, será un auto escrito cuando lo hace con posterioridad a ella, supuesto en que el Juez tiene un plazo de dos días para emitirlo.

6.3. Plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada

La investigación preparatoria formalizada se inicia con la expedición de la disposición fiscal de continuación y formalización de la investigación preparatoria, la cual se comunica al Juez para su registro y determinación de su competencia funcional (véase: artículos 3 y 336 CPP). Ésta importa la promoción de la acción penal y es un acto fiscal de imputación, por el cual el investigado es objeto de una inculpación formal. Las actuaciones que pueden realizarse, en su esencia, son: (i) los actos de investigación previstos en el artículo 336.3 CPP, sin perjuicio de las demás advertidas en el propio Código, que incluyen actos de investigación, directos o indirectos, restrictivos como no restrictivos de derechos, con la previa autorización judicial según los casos, y tradicionales como especiales–, o de comprobación del delito y de identificación del presunto delincuente y sus circunstancias personales, de inspección o sobre la persona; (ii) las medidas de coerción procesal –las más intensas, desde el principio de proporcionalidad, requieren autorización judicial–; y, (iii) las medidas de aseguramiento de bienes (*corpus delicti* y piezas de convicción) y, en su caso, de personas.

La investigación preparatoria formalizada, tras la inculpación formal, persigue acopiar todos los elementos –de investigación o de prueba (en los casos de prueba anticipada o de prueba preconstituida, de carácter típicamente sumarial)–, de cargo o de descargo, que permitan cumplir con los presupuestos del enjuiciamiento [GIMENO SENDRA]. Como el Fiscal está sometido al principio de objetividad (conforme: artículo 61.2 CPP), debe reunir todo lo necesario para que todas las partes pueden formular sus pretensiones al finalizar la investigación e iniciarse la etapa intermedia. El juicio de inicio parte de una sospecha reveladora y procura alzar una sospecha suficiente acerca de la imputación, necesaria para la acusación y la procedencia del juicio oral.

Su naturaleza es claramente instrumental, en tanto en cuanto su finalidad esencial radica en preparar el acto del juicio oral o plenario, en el cual, bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción, el Tribunal sentenciador formará su convicción sobre la culpabilidad o inocencia del acusado [PÉREZ-CRUZ MARTÍN]. Los actos de investigación limitan su eficacia a la etapa de investigación preparatoria y, por tanto, carecen de trascendencia, en línea de principios, para producir consecuencias en el juicio oral, en el cual la comprobación del delito y de su autor se lleve a cabo mediante los actos de prueba [ASENCIO MELLADO]. Así fluye del artículo 325 CPP.

La investigación preparatoria formalizada está sometida a un plazo determinado, taxativamente definido en el artículo 342 CPP. A estos efectos, no se trata de un plazo máximo único, sino que los plazos ordinarios son tres, según las características del procedimiento de investigación. Así, **(i)** hasta ciento veinte días naturales si el procedimiento es simple, **(ii)** hasta ocho meses si el procedimiento es complejo, y **(iii)** hasta treinta y seis meses si el procedimiento se sigue contra integrantes de una organización criminal. Dentro de estos plazos, obviamente, no están comprendidos los plazos de las diligencias preliminares (Sentencia de Casación 2-2008/La Libertad, de 28-6-2008).

La definición de procedimiento de investigación simple se puede configurar negativamente; es decir, cuando no es complejo, lo que se explica en función a que el CPP incorporó una noción legal o auténtica de procedimiento de investigación complejo en el artículo 342.3. El procedimiento de investigación será complejo cuando responde indistintamente a uno de los siete supuestos que fija este precepto: **1.** Ejecución de una cantidad significativa de actos de investigación. **2.** Investigación de numerosos delitos. **3.** Presencia de una cantidad importante de imputados o agraviados. **4.** Elaboración de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos. **5.** Realización

de gestiones de carácter procesal fuera del país. 6. Actuación de diligencias en varios distritos judiciales. 7. Revisión de la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. En este caso, se trata de una relación de circunstancias, cuya interpretación debe ser teleológica, por lo que el presupuesto necesario para su configuración jurídica estriba en que la especial dificultad y objetiva complejidad de las actuaciones debe ser real [SAN MARTÍN CASTRO].

La modificación del artículo 342.3 CPP por la Ley 30077, de 20-8-2013, introdujo el procedimiento de investigación contra organizaciones criminales. Esa ley instituye un procedimiento penal con especialidades procedimentales. Sus artículos 2 al 4 son claves para determinar el ámbito de aplicación de este Estatuto Legal. No solo fija un concepto operativo de organización criminal a los efectos del proceso penal –no es un tipo penal, el cual está previsto en los artículos 317 y 317-B del Código Penal, conforme al Decreto Legislativo 1244, de 29-10-2016–, sino que está en función a sus integrantes, a las personas vinculadas y a las que actúan por encargo –temporal, ocasional o aislada–, siempre que los hechos atribuidos se orienten a la consecución de los objetivos de la organización criminal. Los delitos que, a partir de la organización criminal, cometan aquéllos son los indicados en el artículo 3, así como los otros delitos cometidos en concurso con los primeros y los tipos penales que contemplen como circunstancia agravante específica su comisión mediante una organización criminal.

A esta normatividad se refiere el artículo 342.2 CPP al excluir el procedimiento de investigación contra organizaciones criminales de la calificación de procedimiento de investigación complejo.

Cabe puntualizar que corresponde al Fiscal determinar desde un inicio, y reordenar cuando corresponda, qué modalidad de procedimiento de investigación sigue: simple, complejo o contra organizaciones criminales. Así fluye de la primera oración del apartado 3 del artículo 342 CPP. Este precepto si bien solo se refiere al procedimiento de investigación complejo, es obvio que existiendo tres modalidades de procedimiento de investigación preparatoria formalizada debe especificar ante qué modalidad se está en el caso concreto, lo que es indispensable para su futuro control judicial, si así lo plantea alguna de las partes procesales.

Corresponde concluir, entonces, que un procedimiento de investigación preparatoria formalizada será simple cuando no es complejo o seguido contra organizaciones criminales. Hace relación a investigaciones que carecen de factores complejos, legalmente considerados; y, desde luego, no se trata de los casos de

organizaciones criminales. Lo que no encaja en ambos supuestos es, entonces, un procedimiento de investigación preparatoria formalizada simple.

El artículo 342.2 CPP reconoce el llamado plazo prorrogado. El correspondiente enunciado legal se limita a fijar la extensión del plazo prorrogado y estipular que solo cabe hacerlo una única vez (última oración del artículo 342.1 CPP). La extensión del plazo prorrogado es: **(i)** máximo de sesenta días naturales en los procedimientos de investigación simples; **(ii)** máximo de ocho meses para los procedimientos de investigación complejos; y, **(iii)** máximo de treinta y seis meses para los procedimientos de investigación contra organizaciones criminales. En estos últimos supuestos la ley dice que la prórroga es por igual plazo, de ahí que se ha señalado ocho meses y treinta y seis meses, respectivamente.

¿Cuándo cabe la prórroga? Sin duda, cuando las actuaciones procesales correspondientes no se han realizado y, por ende, falta concretar todos los ámbitos esenciales para un pronunciamiento efectivo acerca del sobreseimiento o la acusación. La determinación del concreto plazo prorrogado, obviamente, está en función a las diligencias propias de la investigación preparatoria que faltan actuarse. De su número y nivel de dificultad dependerá la extensión del plazo.

La conclusión del procedimiento de investigación preparatoria formalizada se produce ya sea **(i)** cuando éste cumplió su objeto, aún antes de que el plazo formal establecido no haya operado, o **(ii)** cuando venció el plazo (artículo 343.1 CPP). La solicitud directa de control del plazo debe presentarse cuando venció el plazo legalmente previsto. Le corresponde instarla a la parte procesalmente legitimada (imputados, actores civiles, terceros civiles y personas jurídicas). El órgano competente para examinar la pretensión de conclusión del procedimiento de investigación preparatoria formalizada es el Juez de la Investigación Preparatoria.

La decisión jurisdiccional, mediante auto fundado, se profiere tras la realización de una audiencia preparatoria (artículo 343.2 CPP). El Fiscal ha de presentar el expediente fiscal y el juez debe revisarlo y decidir, previa alegación de las partes procesales que concurran a la audiencia. La resolución se dictará ya sea en la misma audiencia, al concluir las alegaciones o, posteriormente, dentro de los dos días de celebrada la vista (artículo 8.4 CPP).

Es de tener presente que el Juez de la Investigación Preparatoria tiene un ámbito de apreciación amplio. No solo está sujeto al vencimiento formal del plazo, sino de modo relevante a la existencia o no de tiempos muertos no imputables al Ministerio Público, al examen de la negligencia o no del Ministerio Público, a la

buena o mala fe de las partes procesales respecto de las actuaciones procesales de esclarecimiento, etcétera.

Si el Juez de la Investigación Preparatoria estima la solicitud de control de plazo, dispondrá la conclusión del procedimiento de investigación preparatoria formalizada, y otorgará al Fiscal un plazo de diez días para que emita el requerimiento sobre el fondo del asunto: de sobreseimiento o acusatorio.

LECCIÓN DÉCIMA TERCERA

PROCEDIMIENTO INTERMEDIO

I. ASPECTOS GENERALES

1. Concepto

El procedimiento intermedio se define como el conjunto o serie de actuaciones que tienen lugar desde que concluye el procedimiento de investigación preparatoria –por la providencia del fiscal investigador o por auto del juez de la investigación preparatoria– hasta la emisión del auto sobreseimiento o del auto de sobreseimiento por este último [ARMENTA]. Esa es su extensión. Así fluye de lo dispuesto en los artículos 343, 347 y 355 del CPP.

Es una etapa procesal que, tras el examen de los resultados de la investigación preparatoria, decide sobre la correcta conclusión de la investigación preparatoria y sobre el rechazo por el Ministerio Público de la introducción de la pretensión penal o, por el contrario, sobre la denegación o el reconocimiento de la pretensión penal del Ministerio Público, mediante en ambos casos del examen de sus presupuestos materiales y procesales (sobreseimiento o acusación). Resulta muy clara, al respecto, la definición de GÓMEZ DE LIAÑO: el procedimiento intermedio es aquel conjunto de actuaciones destinadas a valorar el resultado de lo actuado en el procedimiento de investigación preparatoria, en cuya virtud le corresponde determinar si es completo y suficiente, y se dan los presupuestos necesarios para proceder a la apertura del procedimiento principal (juicio oral) o para el sobreseimiento de la causa. Si no está completo el procedimiento de investigación preparatoria se dispondrá que se complete por el Fiscal y, en cuanto al requerimiento fiscal, se examinará su fundabilidad [ORTELLS].

Procedimentalmente es una etapa bifronte, que mira, de un lado, a la investigación preparatoria, para resolver su correcta clausura, y de otro lado, al juicio oral, para determinar si debe desarrollarse [ARMENTA], de ahí su denominación de “procedimiento intermedio”. Está en función a la etapa anterior, el procedimiento

de investigación preparatoria, y de la etapa posterior, el procedimiento principal o de enjuiciamiento. Está montada “a caballo” entre el procedimiento de investigación preparatoria y el procedimiento principal [PRIETO CASTRO].

El fundamento del procedimiento intermedio, al no permitir el pase directo de la investigación preparatoria al juicio oral, es garantizar que el juicio sea preparado convenientemente y que tal decisión no sea producto de un accionar fiscal-judicial ligero o arbitrario, en tanto el objetivo del sistema procesal es que los juicios sean serios y fundados y que no se malgasten esfuerzos en realizar un juicio cuando no están dadas las condiciones para que el debate de fondo tenga contenido [COMPAIRED—SANTAGATI].

El objeto del procedimiento intermedio es, como decía GÓMEZ ORBANEJA, valorar si es o no correcta la conclusión del procedimiento de investigación preparatoria y si se dan los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral o, en caso contrario, dictar el sobreseimiento. Es una etapa procesal de apreciación y análisis de la actividad desplegada en sede de investigación preparatoria para la acusación o el sobreseimiento, en que incluso se plantean mecanismos de defensa contra el ejercicio de la acción penal y civil y la introducción de la pretensión penal y civil, así como para que se analicen los medios de investigación tendentes a determinar su fuerza acreditativa y los medios de pruebas que se ofrezcan para su actuación en el juicio oral y servirán de sustento a las pretensiones de las partes [SÁNCHEZ VELARDE]. En rigor, la parte acusadora decide, en un primer momento, y a partir de lo allegado en el curso del procedimiento de 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.

Los sujetos que intervienen en el procedimiento intermedio son: **1.** El juez de la investigación preparatoria, quien tiene el señorío del mismo – su conducción material–, y emite las resoluciones acerca del resultado de la investigación preparatoria y todas aquellas destinadas a la correcta ordenación del procedimiento principal o juicio oral. **2.** El fiscal, quien plantea los requerimientos de sobreseimiento o acusatorio. **3.** El imputado y su defensor, quienes plantean la resistencia y formulan las objeciones pertinentes. **4.** La persona jurídica, si estuviera constituida en parte pasiva a instancia de la Fiscalía, quien igualmente plantea la resistencia –tanto en lo penal (artículo 105 del Código Penal) como en lo civil (artículo 104 del Código Penal) y formula las objeciones en garantía de su derecho de defensa. **5.** El actor civil, si estuviera constituido en autos, quien interviene para sustentar el objeto civil del proceso civil e introducir las objeciones

y medios de defensa respectivos. **6.** El tercero civil responsable, en los casos en los que corresponde y se le hubiera constituido en parte, en defensa de sus derechos e intereses legítimos patrimoniales. A partir del procedimiento intermedio se reequilibra la causa con la plena y efectiva igualdad de armas de todas las partes procesales, y el órgano jurisdiccional, como se anotó anteriormente, asume la dirección material del proceso penal.

La fuente del procedimiento intermedio nacional, de la Sección II del Libro Tercero del Código Procesal Penal, si bien asumió la propia configuración y autonomía normativa del Código Procesal Modelo Iberoamericano —éste se inclinó con más ahínco en el modelo germano—, es el modelo italiano, pues el control no solo es de la acusación, también del sobreseimiento y del correcto cierre del procedimiento preparatorio, que igualmente era la premisa de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal Española y, por cierto, de los anteriores Códigos procesales nacionales.

2. Resultado

El resultado del procedimiento intermedio apunta a cumplir dos objetivos: (1) integración y revisión del material investigativo; y, (2) control de los presupuestos de la apertura del juicio oral [ORMAZABAL]. Solo ante un pedido de sobreseimiento cabe examinar si es pertinente la actuación de actos de investigación suplementarios o adicionales por la insuficiencia o lo defectuoso de los mismos, en cuyo caso el juez de la investigación preparatoria ordenará una investigación suplementaria. Si el control del sobreseimiento arroja un resultado negativo para la interposición de la pretensión, se dictará auto de sobreseimiento; y, si según el juez de la investigación preparatoria el control arroja un resultado positivo y requiere la formulación de una acusación, instará el control jerárquico. Frente a una acusación, el juez de la investigación preparatoria deberá examinar si sospecha suficiente, o probabilidad prevalente, conforme al artículo 344.1 del CPP, por lo que si es así dictará auto de enjuiciamiento, y si no supera esa probabilidad proferirá auto de sobreseimiento. Esto último significa que el control jurisdiccional incidirá en la fundabilidad del requerimiento fiscal: no solo examinará la tipicidad de los hechos, sino que el control alcanzará a valorar la probabilidad de esos hechos en su existencia objetiva, la probabilidad de la intervención en los mismos del imputado, y, respecto de esa atribución subjetiva y sus consecuencias, a verificar que la responsabilidad no resulta evidentemente excluida [ORTELLS] —es el denominado control material de la acusación—.

3. Funciones

Está sujeta a dos grandes funciones: principal y secundaria o accesoria.

3.1. Función principal

Su objeto es el examen de la fundamentación fáctica y jurídica del requerimiento fiscal y de los presupuestos de admisibilidad del juicio oral; revisa, por tanto, el material instructorio. Está destinada a decidir si debe enjuiciarse a una persona o, en su caso, sobreseer la causa. Realiza un control negativo de la acusación, de carácter material. Se trata de que los intervinientes tomen conocimiento recíproco de las pretensiones jurídicas que se harán valer en el juicio y su sustento probatorio, de esa forma se permite que la defensa se prepare con la antelación suficiente para el inicio de un juicio, de ser la pretensión acusatoria la del representante del Ministerio Público [CÉSAR SAN MARTÍN]. En este caso decide si la acusación parece fundada o verosímil –que sea suficiente o probable-, de manera que pueda tenerse por probable la imposición de una pena. Este enjuiciamiento condiciona el reconocimiento pleno de la pretensión y la consiguiente incoación del juicio oral. La concurrencia de dichos presupuestos materiales o de fundamentación material se identifica, a su vez, con la inexistencia de los motivos determinantes del sobreseimiento (artículo 344.2 CPP).

En consecuencia, la etapa intermedia cumple dos funciones, positivas o negativas, según el caso. Estas conducen al auto de sobreseimiento (artículo 347 CPP) o al auto de enjuiciamiento (artículo 353 CPP). Tanto el enjuiciamiento como el sobreseimiento aparecen como el correlato procedimental de dicho reconocimiento o denegación.

3.2. Función secundaria o accesoria

Es una función contingente, de integración y revisión del material investigativo. Las bases para decidir son las actuaciones de la investigación preparatoria. Si estas resultan insuficientes o defectuosas para resolver, el juez de la investigación preparatoria puede ordenar una investigación suplementaria (artículo 346.5 CPP). De igual forma, se asigna una función revisora consistente en la depuración de vicios o irregularidades en que hayan podido incurrir las diligencias instructoras como, por ejemplo, en el caso de que el Ministerio Público hubiera formalizado acusación penal omitiendo incorporar un requisito de procedibilidad [ORMAZABAL SÁNCHEZ]. Esta segunda función permite sostener que el procedimiento de investigación preparatoria no es preclusivo

estricto, de forma que del procedimiento intermedio puede pasarse otra vez al procedimiento de investigación preparatoria, por considerarse insuficientes las diligencias practicadas, volviendo en este sentido hacia atrás el procedimiento [GÓMEZ DE LIAÑO]. Por otro lado, esta función conducirá, en su día, tanto a la corrección de la acusación (artículos 350.2 y 350.1 del CPP) como a la definición de los medios de defensa formal y cuestiones de competencia (artículo 350.1b del CPP).

Se trata, en suma, de cumplir una serie de cometidos: **1.** Conducir el proceso hacia una función selectiva que concluya en su archivo, evitándose juicios innecesarios (sobreseimiento, sea que lo solicite el Ministerio Público o, de oficio o a pedido de parte, cuando el fiscal formuló una acusación que no cumple los presupuestos legales correspondientes). **2.** Asegurar el adecuado derecho de defensa por todas las partes procesales frente al requerimiento del Ministerio Público, eje respecto del cual gira el control jurisdiccional con activa intervención de todas las partes procesales. **3.** Fijar con precisión los términos de la acusación (del Ministerio Público y, en su caso, del actor civil, en cuanto partes acusadoras), así como la pertinencia, utilidad, conducencia y no sobreabundancia de las pruebas que serán dilucidadas en el juicio oral [CUBAS VILLANUEVA].

4. Características

Son cuatro. La base es que el juez de la investigación preparatoria tiene el señorío del procedimiento intermedio.

- A.** La competencia corresponde al juez de la investigación preparatoria, quien tiene el control de la etapa intermedia.
- B.** Rige el contradictorio, igualdad de armas y oralidad. Todas las partes debaten los resultados de la investigación preparatoria. No se actúan pruebas.
- C.** El acto judicial central es la audiencia preliminar de control del sobreseimiento o la audiencia preliminar de control de la acusación. La audiencia es el espacio procesal para el debate de los resultados de la investigación preparatoria.
- D.** Se decide la procedencia del juicio oral y se concreta su objeto, así como se define y depuran los obstáculos formales a su realización, imprescindibles para dictar una sentencia válida y eficaz [Asencio].

5. Sistema adoptado

El sistema legal seguido es el de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El juez de la investigación preparatoria realiza un control de legalidad: verifica la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan el ejercicio del requerimiento fiscal, como también las pruebas que habrán de ser incorporadas en el juicio oral y, además, se hará el saneamiento del proceso. En orden a la acusación es, básicamente, un control negativo: que esta tenga un fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena. De otro lado, delimita el objeto del juicio respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos. Finalmente, se purifica y 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 audiencia de control o preliminar supone un debate contradictorio efectivo, lo que no tendría razón de ser ante la ausencia de una solicitud disímil o contraria al requerimiento fiscal, aunque la propia norma –en el caso de sobreseimiento– no obliga a la presencia del abogado defensor de las partes y, en ambos casos, no se dispone taxativamente que el juez de oficio puede decidir si dicta el auto de sobreseimiento o de enjuiciamiento.

Quienes se inclinan por un control necesario del requerimiento fiscal, en atención al interés superior en juego como consecuencia de la aplicación del derecho penal, no dudarían en admitir la imprescindibilidad del examen de oficio de los presupuestos jurídicos determinantes del sobreseimiento o de la acusación, al punto de enfatizar que no se vulnera el principio acusatorio porque se trata de examinar desde los exclusivos presupuestos legales que rigen la acusación y el sobreseimiento, taxativamente establecidos y sin variar la causa de pedir y la petición, si el requerimiento fiscal se adecua a la ley –otro tema es, sin duda, la intensidad del control, común en todo caso a la potestad de oficio o rogatoria–; y, tampoco se infringe el principio de imparcialidad, porque el juez que realiza este control es distinto del juez del juicio.

Desde la otra perspectiva se dirá que la propia lógica de la actuación del juez, como tercero suprapartes, quien no intervino de oficio en la etapa de investigación preparatoria, niega que *motu proprio* pueda examinar el requerimiento fiscal sin una base de contradicción representada por alguna oposición de las partes interesadas. Si insta el control jerárquico o dispone se complete el material instructorio –distinto es el caso del control de los presupuestos procesales cuyo análisis debe hacerlo de oficio– ya estaría asumiendo la posición de una de las partes con lesión de su intrínseca imparcialidad. Pronunciarse acerca del mérito de la investigación solo es de competencia del Ministerio Público; y, cuando media oposición de parte, el control solo se circunscribe a la fiscalización de la legalidad del requerimiento fiscal: presupuestos y requisitos del acto procesal en cuestión [ASENCIO. STSE de 23-03-10].

Obviamente una línea más acorde con el principio de igualdad de armas y con el escrupuloso respeto al principio de contradicción, a tono con el CPP, será a su vez aceptar el principio de rogación. En ese caso, y aun en el control de

oficio, no es posible que el órgano jurisdiccional realice un juicio sustitutorio del resultado de las diligencias de investigación realizado por el Ministerio Público –que es un órgano autónomo de derecho constitucional y titular del ejercicio de la acción penal, que los demás ha tenido el señorío de la investigación– para decidir el sobreseimiento o el enjuiciamiento. Solo le corresponde comprobar que el requerimiento fiscal se acomoda a las normas reguladoras de dichas instituciones procesales.

6. Fases

Son dos: escrita y oral.

A. *Escrita.* Tiene lugar desde la presentación del requerimiento fiscal hasta la apertura de la audiencia. Se discute si el plazo para la emisión del requerimiento es de 10 o 15 días, vista la antinomia normativa existente: artículos 343.3 y 344.1 CPP. La fase escrita está destinada a fijar el marco de la discusión que se realizará verbalmente en la audiencia, cuya base son las actuaciones de la investigación preparatoria, acopiadas en el expediente fiscal. Consta de tres pasos: **1.** Traslados. **2.** Mociones de las partes. **3.** Citación a la audiencia.

B. *Oral.* Se inicia con la celebración de la audiencia y concluye con la resolución final respectiva. Constituye el hito central de la etapa intermedia, pues en ella se cumplen, de modo oral y contradictorio, las funciones asignadas a la misma. Se fija, definitivamente, los hechos y las pruebas sobre las que versará el juicio oral y recaerá la sentencia.

Rigen los principios procedimentales de oralidad e inmediación. El desarrollo de la audiencia es íntegramente oral. No se admiten escritos durante su desarrollo, y debe contar con la presencia ininterrumpida del juez de la investigación preparatoria, del fiscal, de las partes y la defensa (artículo 351°.1 y 2 CPP). Garantiza el principio de inmediación la presencia de las partes –en especial del fiscal–, que se erige en un requisito de validez de la audiencia.

También rige el principio de concentración, pues en la audiencia deben debatirse todas las cuestiones e incidentes planteados por las partes.

Rige, además, las demás reglas, en lo pertinente, de la audiencia, tales como el régimen de continuidad.

La audiencia no es probatoria. Por tanto, no se actúan pruebas.

7. Procedimiento

- A. El fiscal tiene quince días para formular su requerimiento (artículo 344.1 CPP). El requerimiento se envía al juez de la investigación preparatoria con el expediente fiscal. Son dos los posibles sentidos del requerimiento fiscal: formular acusación, siempre que exista base suficiente para hacerlo: artículo 344.1 CPP, o solicitar el sobreseimiento: artículo 344.2 CPP.
- B. Traslado a las partes personadas. El plazo para la presentación de mociones es de diez días: artículos 345.2 y 350.1 CPP.
- C. Celebración de la audiencia preliminar, que puede ser:
 - i. De control del requerimiento de sobreseimiento: artículo 345.3 CPP.
 - ii. De control de la acusación: artículo 350.1 CPP.
- D. Resolución del juez de la investigación preparatoria. Dictará auto de sobreseimiento (artículo 347 CPP) o auto de enjuiciamiento (artículo 353 CPP).
- E. Auto de citación a juicio por el juez penal: artículo 355.1 CPP.

II. EL SOBRESEIMIENTO

1. Concepto

Una de las dos únicas opciones que tiene el fiscal tras la culminación del procedimiento de investigación preparatoria es decidir si requiere el sobreseimiento del proceso. El requerimiento de sobreseimiento está sujeto a presupuestos, requisitos y condiciones legales. Procede si se cumplen lo que establece el artículo 344.2 del CPP. Materialmente importa un juicio negativo que descarta la probabilidad prevalente acerca de la realidad del delito o de la intervención delictiva del imputado, en función a lo que arrojan los medios de investigación recabados durante el procedimiento de investigación preparatoria. El requerimiento de sobreseimiento se formula en atención a un juicio de probabilidad delictiva que hace el fiscal sobre un estándar de probabilidad o prevalente –sospecha suficiente (artículo 344.1 del CPP)–, es decir, si lo que inicialmente arrojó la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, dictada en base a una probabilidad reveladora (artículo 336.1 del CPP), no ha podido consolidarse progresivamente escalando un nivel o, en todo caso, se descartó total o relativamente con el transcurrir del procedimiento de

averiguación. El control jurisdiccional, de mera legalidad, se realiza a mérito de la posición por el sobreseimiento asumida por la Fiscalía. No es posible una decisión judicial de oficio, sin instancia del Ministerio Público.

El auto de sobreseimiento es una resolución judicial definitiva, emanada del juez de la investigación preparatoria, mediante la cual se pone fin al procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad de efectos de la cosa juzgada material [GIMENO]. Impide, por tanto, un segundo proceso por el mismo hecho y respecto de la misma persona. Es una resolución equiparable a una sentencia anticipada [GÓMEZ ORBANEJA].

El auto de sobreseimiento presupone la culminación del procedimiento de investigación preparatoria, de manera completa y acabada, es decir, que no falta en él ningún elemento objetivo ni personal de los posibles de obtener para la prosecución del proceso. Supone la terminación anticipada del proceso, por falta de elementos fácticos o jurídicos que no permiten la aplicación definitiva del precepto penal, condenando o absolviendo. Queda claro que el proceso penal solo puede culminar por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento. Este último se resuelve en un solo momento: tras el análisis del requerimiento del Ministerio Público en sede intermedia.

La institución del sobreseimiento encuentra su justificación o razón de existencia en la necesidad de poner fin a los procesos penales iniciados que no pueden desembocar en el juicio oral, evitando que queden en estado de paralización indefinida [GÓMEZ ORBANEJA]. Es una alternativa a la introducción de la pretensión punitiva, de manera que o se acusa por existir los condicionante al respecto o se solicita el sobreseimiento; en este último caso es una suerte de absolución anticipada del imputado, con carácter definitivo [ARMENTA].

2. Notas esenciales

Son cinco:

- A. Pone fin al procedimiento penal.
- B. Reviste la forma de auto (artículo 347 CPP). Como incide en el derecho a la tutela jurisdiccional (o derecho a obtener una resolución definitiva fundada en derecho), ha de obligar a una minuciosa fundamentación que plasme los elementos de convicción en torno a la ausencia del o de los presupuestos que impiden la apertura del juicio oral. Esta resolución niega anticipadamente el derecho de penar del Estado y tiene los mismos efectos que una absolución.

- C. Debe identificarse a la persona o personas a favor de quien se dicta el auto, enumerando las razones que determinan la resolución.
- D. El órgano jurisdiccional competente es el juez de la investigación preparatoria.
- E. Tiene carácter definitivo y genera cosa juzgada: artículo 347.2 CPP.

3. Clases de sobreseimiento

Es de aplicación el artículo 348.1 y 2 CPP. El sobreseimiento, atendiendo a los sujetos implicados en la causa, es de dos clases.

- A. *Total*. Comprende a todos los encausados y por todos los delitos. Es genérico, lo que es una opción propia del *litis consorcio necesario*. Por su mérito se archiva definitivamente el proceso y se deja sin efecto todo tipo de medidas provisionales o cautelares.
- B. *Parcial*. Solo se circunscribe a algún delito o algún imputado. Contra los demás imputados continúa la causa.

4. Efectos

FENECH enseña que debe distinguirse efectos del requerimiento de sobreseimiento y efectos del auto de sobreseimiento.

En lo concerniente a los efectos requerimiento de sobreseimiento, el juez de la investigación preparatoria puede, si discrepa del mismo, instar el control jerárquico o disponer la investigación suplementaria (en el primer caso, solo si el fiscal superior en grado insiste en el sobreseimiento, el juez de la investigación preparatoria dictará este auto). Esto último es consecuencia del principio acusatorio (*nemo iudex sine actore*), que condiciona el propio proceso a la existencia de alguien, diferente del órgano judicial, que sostenga la acusación. Pero, como la vigencia de la forma acusatoria exige la máxima diligencia en el ejercicio de la acción penal (principio de obligatoriedad de la acción penal), el juez solo puede iniciar el control jerárquico o el procedimiento, no forzar la acusación, lo que finalmente queda a la decisión del fiscal superior en grado [PRIETO CASTRO]. El principio receptado es que no puede obligarse al Ministerio Público, órgano constitucional autónomo, a formular acusación, pues él es el titular de la persecución penal pública.

En lo atinente a los efectos del auto de sobreseimiento, éste produce el archivo de las actuaciones en el extremo correspondiente, dejándose sin efecto las medidas de coerción dictadas en la causa –en orden al destino de los bienes

sujetos a una incautación instrumental, si los bienes son peligrosos se dispone su destrucción—. Tiene un carácter definitivo y, como ya se puntualizó, genera cosa juzgada, equivalente a una sentencia absolutoria anticipada (STSE de 07- 07- 2000). El auto de 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 reabierto cuando surjan nuevos elementos o circunstancias nuevas que demuestren que las causales por las que se dictó el archivo han desaparecido o han variado.

A diferencia del CPP 1940, el CPP ha desterrado la posibilidad de invocar el sobreseimiento provisional, aquel en el cual está comprobada la existencia de delito, pero no la responsabilidad del imputado; razón por la cual se archivaba provisionalmente el proceso. EL CPP renuncia a este tipo de sobreseimiento, no lo regula y ello es así porque el auto de sobreseimiento tiene carácter definitivo [DEL RÍO].

5. Recursos

El sobreseimiento es apelable con efecto suspensivo: artículos 347.3 y 416.1b CPP. Es posible, además, el efecto diferido, en los supuestos del artículo 410 CPP.

6. Presupuestos

6.1. Enumeración

Son cinco: **1.** Falta de elemento fáctico. **2.** Falta de elemento jurídico. **3.** Falta de elemento personal —en estos casos, se entenderá que se evidenció a lo largo de la investigación preparatoria la inexistencia de los presuntos indicios anunciados en la disposición fiscal de inculpación formal (se procesó indebidamente) o bien, que, si los hubo, actos de investigación posteriores los desvirtuaron; en rigor, ausencia absoluta de indicios de criminalidad—. **4.** Falta de presupuestos procesales. **5.** Falta de elementos de convicción suficiente.

6.2. Elementos constitutivos

A. Falta de elemento fáctico. Cuando no aparece ninguna sospecha fundada o indicios razonables sobre la realización del hecho: artículo 344.2a CPP.

El juez de la investigación preparatoria debe tener la absoluta convicción que el hecho que dio origen a la formación de la investigación preparatoria nunca existió en realidad. Es un juicio exclusivamente fáctico, y razona sin ninguna duda que el hecho no ha existido (Sentencia C-920 de 2007). Debe distinguirse del supuesto de falta de atipicidad de la conducta [BERNAL].

- B. Falta de elemento jurídico.** Cuando el hecho realmente existente, según los recaudos de la investigación preparatoria, es atípico, concurre en su comisión –atento a los elementos de convicción que obran en autos– una causa de justificación o no se acredita el cumplimiento de una condición objetiva de punibilidad: artículo 344.2b CPP o existe falta de tipicidad subjetiva (Sala de Casación Penal de Colombia, de 01-07-09) [BERNAL] o causas de exclusión de la punibilidad. Según la STSE de 07-07-00 se exige que las causas de atipicidad y justificación se deduzcan nítida, rotunda y diáfana del material instructorio para que el juez acuerde el sobreseimiento.
- C. Falta de elemento personal.** Se presentan dos supuestos: **1.** Concurrencia acreditada de una causa de inculpabilidad o presencia de una excusa absolutoria: artículo 344.2b CPP. **2.** Falta del sujeto a quien atribuir la comisión del hecho o falta de participación del imputado en los hechos: artículo 344.2a último extremo CPP. También se exige acreditación indubitable de ambos supuestos.
- D. Falta de presupuestos procesales.** Se refiere a las causales de extinción de la acción penal. Se comprueba la existencia de un impedimento procesal. Las causales de extinción están previstas en el artículo 78 CP. Rige el artículo 344.2c CPP.
- E. Falta de elementos de convicción suficientes.** Ya no solo se trata de sobreseer la causa cuando existen elementos de convicción que niegan el hecho, la antijuricidad penal, la imputación personal o la intervención del imputado en el hecho punible, que son materia de las tres primeras causales, sino también cuando los cargos, en general, no se sustentan en elementos de convicción suficientes y no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos y hechos en el juicio oral (prognosis necesaria). Existen o subsisten, entonces, determinados indicios, pero en sí mismos insuficientes y, además, sin expectativas de obtener nuevos datos inculpatorios, todo lo cual debe razonarse en el auto que lo acuerde. La imposibilidad de conseguir prueba recae tanto sobre la existencia del hecho cuanto respecto a la vinculación del mismo con el imputado.

De lo expuesto resulta que lo que determina que la causa pueda decidirse en la etapa intermedia, o bien deba dilucidarse en la etapa de enjuiciamiento, es precisamente la dificultad probatoria que encierra, lo que depende de las circunstancias del caso concreto [NIEVA].

Es de precisar que el citado artículo 344, apartado 2, literales b) y d), del CPP, comprende dos situaciones distintas. El segundo concierne a la constatación del hecho: la inexistencia de elementos de convicción de su acaecer, que corresponde al campo histórico empírico. El primero a la certeza de la calificación jurídica de los que se tienen por existentes, siendo esa calificación un juicio posterior al anterior (STSE 17/2015, de 20 de enero). Por lo demás, es claro que, por tratarse de presupuestos normativamente considerados, el órgano jurisdiccional puede acordar el sobreseimiento incluso cuando exista solicitud por parte del Ministerio Público para la apertura del juicio oral, pero, por el contrario, no puede acordar la apertura del juicio oral sin petición del Ministerio Público –en este último supuesto tendría, en todo caso, que acudir al procedimiento para forzar la acusación y estar sujeto a lo que decida el fiscal superior en grado– (conforme: STSE 66/2014, de 11 de febrero).

Se suele confundir la posibilidad de dictar sobreseimiento por ausencia de atipicidad, antijuricidad y penalidad en su caso (artículo 344, apartado 2, literal 'b', del CPP) con la excepción de improcedencia de acción (artículo 6, apartado 1, literal 'b', del CPP), pues en ambos casos lo esencial son razones jurídicas para rechazar la inculpación formal o la acusación fiscal –también es el caso de uno de los supuestos para dictar sentencia absolutoria (artículo 398, apartado 1, del CPP)–. Dos razones son de tener en consideración al respecto. Primera, que la excepción puede deducirse en el curso de la etapa de investigación preparatoria y, excepcionalmente, a pedido de la parte interesada, dentro del plazo fijado durante la etapa intermedia (artículos 7 y 350, apartado 1, literal 'b', del CPP), y no se aprecian pruebas ni, desde ellas, se concreta el hecho probado. Segunda, que el sobreseimiento se decide luego de la audiencia preliminar correspondiente y, por su naturaleza jurídica, no hace falta petición de parte –igualmente, la sentencia absolutoria se dicta al finalizar el juicio oral, en la que está autorizado el examen integral del relato fáctico y su correspondiente subsunción normativa–. Como quiera que la excepción está sujeta a un plazo determinado –tiene una oportunidad para ser deducida–, finalizada ésta, en virtud del principio de preclusión, no es posible acudir a la atipicidad, a la permisón o a la falta de punibilidad como presupuesto procesal condicionante negativo (impedimento procesal), para lo cual el ordenamiento autoriza, según la etapa procesal, el sobreseimiento o la absolución.

7. Audiencia preliminar de control del requerimiento de sobreseimiento

La audiencia preliminar (artículo 345.3 CPP) plasma el principio procedimental de oralidad y concentra la actividad de las partes en la que se debate la procedencia del archivo de las actuaciones. Tres pasos previos deben tener lugar para su realización.

- A. El fiscal emite el requerimiento de sobreseimiento y lo acompaña con el expediente fiscal que ha formado como consecuencia de la investigación preparatoria a su cargo. El juez de la investigación preparatoria dicta el decreto de traslado a las partes procesales para que se pronuncien sobre su mérito en el plazo de diez días. A diferencia de lo que sucede con la acusación, el CPP no ha previsto un control formal del requerimiento de sobreseimiento pues no existe una norma específica que permita al juez penal devolver los actuados al fiscal para que subsane algún error cometido. La razón de ello respondería a que los “errores” en los que pueda incurrir el fiscal van a poder ser subsanados en la propia resolución de sobreseimiento o, en su caso, pueden ser corregidos por el fiscal superior si es que solicita la rectificación, luego del seguir el procedimiento para forzar la acusación [DEL RÍO].
- B. El artículo 345.2 CPP autoriza a las partes contrarias –en este caso a las acusadoras privadas, esto es, al actor civil o social, en su caso– a formular por escrito oposición al sobreseimiento. Dos modalidades pueden tener la oposición:
 - (i) Solicitar la realización de una investigación suplementaria para la actuación de actos de investigación adicionales que se consideren procedentes.
 - (ii) Solicitar que, en vía de control jerárquico, se eleve la causa al fiscal superior en grado.

La oposición, bajo sanción de inadmisibilidad, debe fundamentarse.

- C. Vencido el plazo del traslado, con la presentación de escritos de oposición o de apoyo al sobreseimiento solicitado por el fiscal, el juez de la investigación preparatoria emitirá la resolución de citación para la realización de la audiencia preparatoria.

La audiencia preliminar tiene por objeto el debate de los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento y decidir sobre la oposición. Se instala con las partes que asistan. La inasistencia de ellas, o de alguna de ellas, no impide la continuación de la audiencia. Con esta finalidad se escucha por su orden a

las partes presentes. Rigen en lo pertinente los artículos 89.3 y 386 CPP, por lo que expondrán, según este orden: fiscal, actor civil, tercero civil, persona jurídica, abogado del acusado, y acusado.

8. Decisión del juez de la investigación preparatoria

Realizada la audiencia, y en el plazo de tres días –existe una antinomia pues el artículo 346.1 CPP fija el plazo en quince días, mientras el artículo 345.3 CPP estipula que el plazo es de tres días, la cual se resuelve en aras de consolidar la oralidad y la necesidad de su fundamento epistemológico: memoria del juez para resolver con mayor conocimiento de causa, a favor del último plazo, mucho más breve–, el juez de la investigación preparatoria dictará la resolución que corresponda, en función al requerimiento fiscal. La existencia de una oposición en forma –según la posición que se ha negado– no condiciona la opción que debe asumir el órgano jurisdiccional, pues con o sin ella puede optar por alguna alternativa legalmente prevista, en tanto en cuanto se trata de hacer efectivo el control judicial de la actividad investigadora del fiscal en aras del principio de legalidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

Tres son las alternativas del juez: **A.** Dictar el auto de sobreseimiento, si considera fundado el requerimiento fiscal. **B.** Emitir el auto de elevación de la causa al fiscal superior para instar la acusación, si consideran que existen ‘sospechas suficientes’ respecto del hecho delictivo y de la intervención en él del imputado. **C.** Proferir el auto de formación de la investigación suplementaria si estima que la investigación preparatoria no está completa –indicará el plazo y las diligencias que deben realizarse–.

- A.** El auto de sobreseimiento está sujeto a determinados requisitos formales, establecidos en el artículo 347 CPP. Así, debe indicar los datos personales del imputado, exponer los hechos objeto de investigación, señalar los fundamentos de hecho –análisis de los elementos de convicción– y de derecho –precisión y alcance de las reglas jurídicas correspondientes–, así como en su parte 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 artículo 346.2 CPP estatuye que el fiscal superior emitirá pronunciamiento en el plazo de diez días, con cuya decisión culmina el trámite. Los apdos. 3 y 4 del citado artículo fijan las dos opciones del fiscal superior: (i) si no está de acuerdo con el requerimiento del fiscal inferior, ordenará que otro fiscal formule acusación; y (ii) si está de acuerdo con el requerimiento del fiscal inferior, lo ratificará, en cuyo caso, por imperio del principio acusatorio, el juez de la investigación preparatoria dictará, sin trámite alguno, el auto de sobreseimiento.

- C. El auto de formación de investigación suplementaria se dicta cuando el juez de la investigación preparatoria considera que la investigación está incompleta y faltan actuaciones indispensables para un pronunciamiento definitivo. La decisión judicial debe indicar el plazo y los actos de investigación que deben realizarse. Cumplido el plazo suplementario, no procede oposición por esta causal ni la concesión de un nuevo plazo. Desde luego, cabrá oposición y la invocación de elevación de los actuados al fiscal superior en busca del control jerárquico, pues la prohibición debe entenderse a la reiteración de la prolongación de las actuaciones, es decir, a la posibilidad de dilación indebida del procedimiento preparatorio. Esta resolución es irrecurrible.

III. LA ACUSACIÓN FISCAL

1. Aspectos Generales

1.1. Introducción

Los actos de postulación, respecto de los delitos públicos en el proceso común u ordinario, son de dos tipos en atención a la evolución del procedimiento penal [GIMENO].

El **primer** acto de postulación se presenta cuando el fiscal dicta la disposición de formalización de la investigación preparatoria –salvo que, como antesala, se dicte una disposición de incoación de diligencias preliminares–, que es un paso previo para decidir la inculpación formal. Ésta es una imputación fiscal, en base a la sospecha reveladora (probabilidad reveladora), contra una persona individualizada por la comisión de un hecho punible delimitado. Esta imputación no está sujeta a control jurisdiccional, solo a registro por el juez de la investigación preparatoria, conforme al artículo 3 del CPP.

El **segundo** acto de postulación está representado por la deducción o formalización de la pretensión, que, en el proceso penal, a diferencia del proceso civil –ejercicio de la acción y deducción de la pretensión se confunden en un mismo acto: demanda–, se sigue un orden escalonado, pues con anterioridad viene la promoción de la acción penal con la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria. Este acto de postulación se plantea al finalizar el procedimiento de investigación preparatorio y da inicio al procedimiento intermedio (*Zwischenverfahren* en la terminología germana). Se denomina acusación por el artículo 349 del CPP, e importa la determinación del acusado y del hecho punible, a través de un escrito (se le denomina acusación escrita) que ha de cumplir con los requisitos que establece el citado artículo 349 del CPP. Es el núcleo central del nuevo sistema procesal nacional [MONTEALEGRE]. Es el fiscal quien fija y delimita el contenido de la acusación, con relativo respeto de las pautas fijadas por la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, a partir de lo cual se abre el juicio oral, en el que también está en juego la resistencia del imputado (su oposición, mediante la negación a los hechos acusados o la incorporación, en su defensa, de hechos alternativos impeditivos, extintivos o excluyentes), que respetará los principios acusatorio y de congruencia.

La acusación escrita, empero, es provisional. Ello es así pues en el curso del juicio oral o plenario, tras la práctica de la prueba, el fiscal puede formular determinadas modificaciones (artículo 388, numerales 2 y 3, del CPP) y plasmarlas en la acusación oral o definitiva. La acusación, entonces, tiene dos momentos y son sucesivas: **primero**, se emite la escrita, en función a los medios de investigación copiados; y, **segundo**, se profiere oralmente, tras finalizar el periodo probatorio del juicio oral. El juicio de congruencia se basa en esta acusación oral o definitiva en su relación con el fallo de la sentencia. El criterio rector es que la sentencia se pronuncia sobre los hechos y circunstancias objeto de la acusación. La acusación definitiva constituye la verdadera referencia para dictar una sentencia congruente [RIFA SOLER] conforme estatuye el artículo 394.1 del CPP.

El fundamento de la acusación es, precisamente, el principio acusatorio, en la vigencia de las máximas romanas: “*ne procedat iudex ex officio*” y “*nemo iudex sine accusatore*”. Para la apertura del juicio oral es necesario que la pretensión penal sea planteada y mantenida por un sujeto distinto al órgano judicial. Y, en garantía del derecho de defensa, es necesario que el imputado pueda contestar eficazmente. Tal situación, además, garantiza la imparcialidad del juzgador. En consonancia con los principios de igualdad procesal, de contradicción y de congruencia (no inclusión en la sentencia de hechos o personas no incluidas en la acusación), se consolida el sistema procesal penal nacional.

1.2. Referencias normativas

Seis bloques normativos básicos deben tenerse presente con relación a las exigencias para la corrección jurídico – procesal de la acusación fiscal y, en su consecuencia, para la emisión del auto de enjuiciamiento y de la sentencia. Su adecuado reconocimiento y entendimiento permitirá una dogmática esclarecedora sobre el alcance de la imputación fiscal y del auto de enjuiciamiento y de la sentencia, esto es, su delimitación jurídica en orden a la función que cumplen en nuestro vigente proceso penal.

Los enunciados normativos son los siguientes:

1. Artículo 336.2 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP). La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria contendrá: **b)** *Los hechos y su tipificación específica correspondiente.*
2. Artículo 344.1 CPP. El Fiscal decidirá [...] *si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello.*

Artículo 344.2 CPP. El sobreseimiento procede: **d)** *No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. A contrario sensu.*

3. Artículo 349.1 CPP. La acusación escrita [...] contendrá: **b)** *La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; d)* *La participación que se atribuya al imputado; e)* *La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren.*

Artículo 349.2 CPP. Límites de la acusación. “La acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidas en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”.

4. Artículo 352.2 CPP. Saneamiento de la acusación. El juez devolverá la acusación en caso presente defectos u omisiones. El Fiscal, en este caso, realizará el análisis de contenido correctivo a que hubiera lugar. En los demás casos, en la misma audiencia, el Fiscal realizará modificaciones, aclaraciones o subsanaciones.

Artículo 352.4 CPP. Acusación escrita y sobreseimiento. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa, cuando concurren los requisitos del artículo 344.2 CPP, “[...] siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba”.

5. Artículo 374. 2 CPP. Acusación complementaria. “Durante el juicio el Fiscal [antes de la culminación de la actividad probatoria], el Fiscal introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal advertirá la variación de la calificación jurídica”.
6. Artículo 387.1 CPP. Acusación oral ratificada. “El Fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica de los mismos, la responsabilidad penal y civil del acusado, y de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil, y concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita”.

Artículo 387.2 CPP. Acusación oral modificada. “Si el Fiscal considera que del juicio han surgido nuevas razones para pedir aumento o disminución de la pena o la reparación civil solicitadas en la acusación escrita, destacará dichas razones y pedirá la adecuación de la pena o reparación civil. De igual manera, en mérito a la prueba actuada en el juicio, puede solicitar la imposición de una medida de seguridad, siempre que sobre ese extremo se hubiera producido el debate contradictorio correspondiente”.

1.3. Concepto

La acusación es el acto de postulación del Ministerio Público mediante el cual introduce, fundadamente, la pretensión penal y, en su caso, en ausencia del

actor civil, la pretensión civil. Es una petición dirigida al juez de la investigación preparatoria para que se imponga una sanción penal (incluida una consecuencia accesoria) y, en su caso, reparación civil al inicialmente investigado o inculpado por la comisión del hecho punible que se afirma ha cometido [GÓMEZ COLOMER]. Es, pues, una petición de sanción penal basada en un título de acusatorio y fundamentada en la presunta comisión de un hecho punible de carácter histórico por una persona que previamente ha de haber sido procesada o inculpada. Puede contener, asimismo, una petición de una reparación civil basada en la comisión por el responsable de un acto dañoso indemnizable –que ha de ser el mismo, en cuanto al *factum*, que generó el proceso penal–.

Las notas esenciales de la acusación son: 1. Es un acto de postulación que asiste al Ministerio Público, que está referida al objeto penal y, en su caso, al objeto civil. 2. Su contenido esencial consiste en la deducción de la pretensión penal y, en su caso, de la civil (reparación civil) –es un acto de interposición de la pretensión–. 3. Mediante la interposición de la pretensión y, luego, con el escrito de contestación de las demás partes, queda integrado el objeto procesal.

2. Presupuestos del objeto procesal

Presupuestos procesales. Se definen, en sentido amplio, como las circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él [ROXIN]; condicionan la admisibilidad de la pretensión, pues son de obligada observancia en el momento del ejercicio de poder jurídico de acción [GIMENO]. Están orientados a la finalidad del proceso, que consiste a su vez en el aseguramiento de la paz jurídica [VOLK].

Si se toma en cuenta la perspectiva subjetiva de clasificación de los once presupuestos procesales, se tiene que los presupuestos del objeto procesal o perseguibilidad del hecho concreto, –también existen los presupuestos del órgano jurisdiccional (1.º jurisdicción y 2.º competencia), y de las partes (3.º capacidad para ser parte, 4.º capacidad de actuación procesal, 5.º representación y postulación procesal, y 6.º derecho de conducción procesal)–, son un total de cinco (5):

1. El hecho debe estar todavía intacto, esto es, no puede haber sido ya juzgado (*ne bis in idem*). Si está siendo objeto de otro proceso –pleito pendiente–, debe seguirse los mecanismos de unificación procesal (acumulación).
2. El delito de cuya persecución se trata no puede estar prescrito. La teoría mixta consideró la prescripción, en parte, como causa material de extinción de la pena y, en parte, como causas de extinción e impedimento procesal.

Pero, el BGH y el BVBerfGE, asumieron la concepción procesal. El autor, como lo muestra también la posibilidad de interrupción del § 78c, StGB (artículo 83 CP Perú), no tiene interés alguno, digno de protección, en poder ponderar la duración de su perseguibilidad ya antes de la comisión del hecho.

3. La persecución penal no tiene que haber sido clausurada con motivo de una amnistía constitucionalmente lícita.
4. Tiene que haber una acusación y un auto de enjuiciamiento adecuados al ordenamiento jurídico.
5. En algunos casos, debe existir indispensablemente una instancia de persecución penal, una autorización parlamentaria y autorización administrativa –delitos privados, delitos semipúblicos y delitos sujetos a autorización del Congreso, del Fiscal de la Nación o de una instancia administrativa: Informe de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Industrial (INDECOPI), Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), etcétera–.

Los medios de impugnación tienen presupuestos procesales específicos, los cuales pueden ser sistematizados en: **a)** comunes: gravamen (perjuicio que ha de sufrir el recurrente por la resolución impugnada) y conducción procesal (o exigencia de haber sido parte en el proceso de primera instancia), y **b)** especiales: los propios de los medios de impugnación extraordinarios [GIMENO].

Iniciación del procedimiento. Se trata de dos procedimientos que integran el proceso penal: **(i)** procedimiento de investigación preparatoria formal y **(ii)** procedimiento principal, de enjuiciamiento. Rigen, pues, dos pautas claramente definidas. En todo caso, la iniciación, en ambos casos, se erige siempre a partir de un acto de imputación fiscal. En el primero se ejerce el derecho de acción penal, y en el segundo se deduce o formaliza la pretensión penal [GIMENO].

Es de insistir en lo ya expuesto respecto de los presupuestos procesales. Respecto a la iniciación del procedimiento cabe enfatizar que se trata de dos tipos de presupuestos que integran el proceso penal, vinculados al procedimiento de investigación preparatoria y al procedimiento principal o juicio oral. Rigen dos pautas claramente definidas. En todo caso, la iniciación, en ambos casos, se erige siempre a partir de un acto de imputación fiscal. En el primero se ejerce el derecho de acción penal, y en el segundo se deduce o formaliza la pretensión penal [GIMENO].

Así:

1. En los dos casos deben existir todos los presupuestos procesales consolidados.
2. Ambos actos de imputación deben tener como presupuesto material ineludible la existencia de determinados indicios procedimentales o sospechas para justificar su postulación. Empero, varían en su intensidad.

Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 336°.1 y 2, CPP). Para su emisión se requiere “...*indicios reveladores de la existencia de un delito*,...”. Debe haber una sospecha racional que impulse el procedimiento, indicando que el imputado ha podido cometer el delito. Es un apoyo, justificado por hechos concretos y fundados en la experiencia criminalística, de que existe un hecho punible perseguible. Se descarta las vagas indicaciones o livianas sospechas.

La Disposición Fiscal es un requisito previo de la acusación, de carácter interlocutorio, de índole provisional –no prejuzga el fallo–, y genera un deber de correlación con la acusación meramente subjetiva, no objetiva –no genera vinculación alguna en cuanto al título de condena, con respecto al escrito de acusación, pues es una calificación apriorística del hecho–. No fija definitivamente el “*thema decidendi*”, el cual se concreta con la acusación. Es un simple presupuesto de acceso al proceso o mera imputación formal de carácter provisional –constituye presupuesto de la acusación, de suerte que nadie puede ser acusado si antes no ha sido condenado [MARTÍNEZ JIMÉNEZ]–. Tiene una función de garantía para el imputado y ordena, prefigura, la secuencia del procedimiento de investigación preparatoria formal, así como traza el derrotero de la acusación.

Por el concepto de “*indicios reveladores*”, cabe entender la sospecha relativamente fundada de participación, en cualquiera de sus formas legalmente reconocidas –autoría y participación: artículos 23/25 CP–, de una persona en un hecho punible no obstaculizada por la ausencia de alguno de los presupuestos procesales que impiden el procesamiento o por la evidencia de la concurrencia de alguna de las causas de extinción de la acción penal y, en menor medida, de exención de la responsabilidad penal (artículos 78 y 20 CP). No se requiere un inequívoco testimonio de certidumbre, solo presencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios o, mejor dicho, de indicadores, de una determinada conducta que resulta calificada como delictiva. Estos últimos (artículo 20 CP) se erigen en hechos impeditivos de la pretensión penal y, en dicha calidad, requieren una actividad probatoria en el juicio oral, salvo que ostensiblemente aparezca configurada como consecuencia de la actividad preliminar.

El vocablo “*indicio*” debe entenderse, no como el primer elemento de la prueba indiciaria o indirecta –que requiere acreditación rigurosa de su existencia–, sino como indicador meramente procedimental, basado en actos de investigación, de la posible realidad demostrativa de hechos referidos a la comisión del delito o a la intervención delictiva del imputado. En buena cuenta, es lo que se denomina: probabilidad delictiva.

Acusación fiscal. Otro acto de imputación fiscal, el más trascendente, es la acusación. Ésta es escrita y oral, o provisional y definitiva (artículos 344°.1 y 2.d, y 387°.1 CPP). A través de este acto de imputación, a diferencia de la Disposición Fiscal de Formalización, se introduce la pretensión punitiva; además, debe ser reconocido en el proceso por el juez no sólo en cuanto a su admisibilidad sino también en cuanto a su fundamentación. Para tener derecho a acusar y a que se abra el juicio oral se requiere que la pena parezca no solo posible sino, lo que implica grado adicional de conocimiento, probable [GÓMEZ ORBANEJA].

La acusación escrita requiere: “*bases suficientes o elementos de convicción suficientes*”. Como tal, concreta el principio acusatorio –*máximas romanas ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine accusatore*– y el juicio de probabilidad delictiva, sin perjuicio de que la condena sólo sea factible tras un juicio de certeza a la vista de las pruebas. Los motivos para acusar son, desde luego, de mayor entidad que la justificación indiciaria –*indicios reveladores*– exigida para acordar la inculpación formal.

La suficiencia significa que el imputado es adecuadamente sospechoso de haber cometido una acción punible, es decir, cuando es de esperar su condena, con una fuerte probabilidad. Ésta solo alcanza a la cuestión referida a la comisión del hecho: convencimiento acerca de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la acción imputada, por parte del encausado. Ha de existir la probabilidad de condena que justifica el pase al procedimiento principal: juicio oral. Parte, por tanto, de un pronóstico sobre el desenlace probatorio en el eventual juicio oral. El Fiscal ha de llegar a la conclusión de que los medios de investigación o de instrucción reunidos en la etapa de investigación preparatoria son idóneos y previsiblemente suficientes para fundar una condena. El pronóstico probatorio ha de recaer tanto sobre la valorabilidad o licitud de las pruebas – que no se incurra en prohibiciones probatorias que la hacen inhábil para fundar en ella un pronunciamiento de condena–, cuanto sobre la virtualidad probatoria intrínseca de las pruebas, en su grado de convicción [RIEB].

El pronóstico del fiscal es decisivo. Por tanto, habrá motivos suficientes para acusar, cuando según el pronóstico del fiscal si, al final del juicio oral, llegará

a requerir la condena. Empero, es el órgano jurisdiccional de la etapa intermedia quien valorará ese pronóstico para dictar el auto de enjuiciamiento o el de sobreseimiento (artículos 352.4 y 353.1 CPP).

Por otro lado, es de precisar que como la acusación está sujeta a un plazo impropio, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para la emisión de la acusación, por su carácter de acto necesario para el proceso, solo acarrea responsabilidad disciplinaria. Para la declaración de caducidad será indispensable crear un supuesto adicional de sobreseimiento de la causa, al margen de lo dispuesto en el artículo 344.2 del CPP, por lo que, ante la falta de norma expresa, cesar la acción penal fuera de los casos establecidos en la Ley, importaría una clara vulneración de los principios de oficialidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (Cas. N.º 54-2009/La Libertad, de 4-3-2009). Ello, en términos técnicos, significa que el plazo para acusar es impropio y no propio; no genera caducidad.

Prisión preventiva. Respecto al principio de intervención indiciaria, el artículo 268.1' a' CPP, utiliza la expresión: "...*fundados y graves elementos de convicción...*". Expresa la necesidad de que concurren elementos que sean suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo afectado por la medida puede ser el autor del hecho (SSTEDH Fox de agosto de 1990 y Labita de 26-4-2000). Existe cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo por parte del imputado son francamente superiores a los negativos. Se entiende que el grado de probabilidad se refiere a la comisión del hecho cometido por el imputado, pero no está relacionado con problemas de carácter jurídico en cuanto a la interpretación de la ley.

Es un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal; no basta la mera sospecha razonada, sino que la sospecha esté muy fundada [CALAMANDREI]. Es decir, sospecha vehemente.

3. Contenido de la acusación

Exigencias legales. El artículo 349º.1 CPP plantea varias exigencias a la acusación que se erigen en impedimentos procesales en caso de incumplimiento. Tres son las principales:

- 1.º Relación clara y precisa del hecho atribuido al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos.

- 2.º La participación que se atribuya al imputado. Si son varios imputados, la conducta que cada uno desarrolló y su enlace con la de los demás co-partícipes.
- 3.º La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad que concurren.

Adicionalmente, el apartado 2) del citado artículo 349 CPP precisa que la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

El acontecimiento histórico se entiende como el conjunto de hechos que determina el objeto del proceso. Es el núcleo de la hipótesis acusatoria. Si ésta no concreta de modo suficiente el reproche por el hecho, se entiende que no cumple con su función delimitadora –la valoración probatoria o resultado esencial de las investigaciones, parte de ella–. Por tanto, tal defecto fundamenta un impedimento procesal.

El artículo 349.1.b) CPP obliga al Fiscal a formular una “relación clara, precisa y circunstanciada del hecho acusado”. Debe relatar el hecho tal y como lo vería un observador imparcial, sin que sea suficiente para cumplir esa exigencia procesal que se haga una enumeración de los indicios o de las pruebas existentes –esto último es materia de un apartado posterior: primero el Fiscal ha de indicar los hechos que imputa y, luego, debe justificar los cargos–. Lo circunstanciado del hecho significa que se narre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la conducta se realizó. Es incorrecto empezar la acusación con la frase: “Denunció el agraviado...” [LLOBET]. Sobre ese *factum* se pronunciará el Tribunal en la relación de hechos probados.

En los delitos sexuales reiterados, el Tribunal Supremo Alemán (BGH) considera suficiente que se señale la víctima del hecho, las características principales del modo de comisión, un determinado espacio de tiempo en el que se cometió y el número máximo de hechos punibles reprochados [ROXIN].

La falta de precisión de fechas exactas no es ilegítimo, solo debe fijarse un espacio de tiempo. Se prohíben, en cambio, las acusaciones vagas e insuficientes, pues producirían indefensión (STCE de 10-3-1982).

Sobre esa base, si la acusación no cita el lugar, la fecha, la víctima y los daños, es insuficiente; se erige en un impedimento procesal. El fiscal en su relato acusatorio debe evitar el uso de términos o conceptos jurídicos. Los hechos no solo se refieren a los constitutivos de infracción penal, sino también a todos aquellos que

sirven de fundamento a la apreciación de circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad, y a los que sirven de base a la responsabilidad civil [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

Por otro lado, la calificación jurídica es básica y necesaria, aunque puede ser somera. La ausencia o la falta de precisión del tipo penal y sus variantes objeto de subsunción, se erige en un impedimento procesal. Se perjudica una defensa efectiva. Se vulnera, por consiguiente, el derecho de defensa cuando no se notifica al imputado las razones y los delitos por los cuales se le pretender atribuir responsabilidad (SCIDH, caso Tibi, de 7-9- 2004). La acusación será ineficaz, aunque en la etapa intermedia podrá y deberá ser corregida (artículo 352°.2 CPP).

Contenido fáctico. Los hechos que se reflejarán en la acusación son los que fluyen de la investigación preparatoria, pero concretados en la Disposición Fiscal en sus lineamientos sustanciales –el curso de ejecución material del hecho debe mantenerse y sus características vitales o determinantes deben sostenerse–. Debe, primero, existir identidad, total o parcial, en los actos de ejecución que recoge el tipo legal –teoría normativista–; y, segundo, cuando, aun sin darse la anterior identidad, el objeto material del delito, es decir, el bien jurídico protegido, sea el mismo [GÓMEZ COLOMER].

Dice la STSE de 6-4-1995, que el apartado fáctico, para ser respetuoso con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa, debe ser completo –debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado– y específico –debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas–, pero no exhaustivo. Si los hechos objeto de imputación son escuetos y carecen de datos que permitan concretarlo, no es posible realizar un juicio con pleno respeto de las garantías individuales de los imputados (RN n.º 1023-2014-Cajamarca, de 19-10-2015). Así, no se requiere un relato exhaustivamente minucioso, detallado o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto de la acusación de elementos fácticos que obren en las diligencias de la investigación preparatoria, y a los que la calificación acusatoria se refiera con suficiente claridad. Empero, ello no significa descuidar por completo los hechos que atribuye, si la acusación no relata con cierta precisión los hechos atribuidos, si estos no son específicos y no se sepa con certeza lo que se atribuye al acusado, no se puede garantizar un debate efectivo; sus deficiencias afectan el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos de defensa y de tutela jurisdiccional de los imputados (RN n.º 1023-2014-Cajamarca, de 19-10-2015 y Sentencia de casación n.º 247-2018/Áncash, de 15 de noviembre de 2018).

Contenido jurídico. Finalmente, la acusación comprende, entre otros extremos, la calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyen (artículo 349° CPP). En especial, la tipificación legal que subsuma el hecho, la identificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y la participación que se atribuya al imputado. Por lo demás, determinados ámbitos de estos extremos jurídico penales, como los otros puntos de la acusación, pueden ser modificados después de practicadas las diligencias probatorias en el juicio oral (artículo 387.2 CPP). Por ello se afirma que se trata de una acusación provisional, bajo el entendido que el procedimiento o etapa principal es el enjuiciamiento o acto oral. Al respecto, la sentencia de casación n.º 675-2018/San Martín, de 8 de agosto de 2019, señaló que la calificación jurídico penal tiene una determinada influencia. Solo pueden formar el objeto del proceso penal aquellos hechos o actos que el Derecho penal toma en consideración como delito o falta e incide para la determinación, entre otros sujetos procesales, para ver si existe variación sustancial del objeto entre la acusación del objeto entre la acusación y la sentencia, a partir de lo que la Ley procesal penal establece.

4. Acusación y juicio oral

Nota característica. La acusación escrita no es inmodificable. Durante el desenlace de la etapa del juicio oral la acusación puede variar, e incluso en el alegato oral puede ser objeto de algunos cambios, sin que ello altere el derecho de defensa –en su ámbito de conocimiento de los cargos– y el principio de contradicción. Así: **1.º** Antes de concluirse la fase probatoria, conforme al artículo 374 CPP, primero, a instancia del Tribunal, el Fiscal puede cambiar el tipo legal objeto de acusación; y, segundo, *motu proprio*, puede introducir una acusación complementaria. **2.º** En el alegato oral final, el Fiscal, en relación a la acusación escrita, está autorizado no solo retirar la acusación –si los cargos han sido enervados– y ratificarla –cuando los cargos se han probado–, sino también a solicitar aumento o disminución de la pena o de la reparación civil o, en su caso, la imposición de una medida de seguridad –si medió debate contrario al respecto–. De igual manera, puede efectuar la corrección de simples errores materiales o incluir alguna circunstancia –de atenuación o de agravación–, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión. En estos términos se pronuncia el artículo 387 CPP.

Cabe aclarar que las “circunstancias” son hechos periféricos al hecho principal –lo circundan–. Se trata de indicadores, objetivos o subjetivos, de cuya utilización se permite valorar tanto el nivel de gravedad del hecho punible cometido como la mayor o menos intensidad del reproche personal que se realiza contra quien lo cometió [HURTADO POZO / PRADO SALDARRIAGA].

Requisitos de la modificación fiscal. Es evidente que se puede modificar la calificación jurídica siempre y cuando se trate de los mismos hechos —ello se fundamenta en el hecho de que el objeto procesal lo integra, esencialmente, la persona del imputado, el hecho punible y la homogeneidad del bien jurídico [GIMENO]. Para hacerlo, se tiene que suspender la audiencia y realizar un nuevo interrogatorio al encausado (SCIDH caso Fermín Ramírez, de 20-6-2005). Basta que el imputado conozca esos nuevos hechos y circunstancias y que se correspondan con los hechos investigados, así como que no sean sorprendivas, para que este derecho instrumental de la garantía de defensa procesal esté resguardado. En efecto, el título condenatorio tiene ser congruente con el título acusatorio (Casación n.º 62-2006/Tacna, de 5-3-2010). Ello supone que el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica. De ahí que toda pretendida fijación definitiva de la acusación en el escrito de acusación escrita privaría de sentido al artículo 387.2 CPP y haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (STSE de 28-1-2001). En efecto, la sentencia de casación n.º 675-2018/San Martín, de 8 de agosto de 2015, estableció que se inobservó la garantía del debido proceso y, dentro de ella, del principio acusatorio, debido que el juez penal, sin incorporar la tesis alternativa, incluyó una circunstancia, que contiene un dato de hecho, no incorporada expresamente en la acusación: pluralidad de agentes en la comisión del delito, lo que jurídicamente importaba una pena concreta dentro del tercio superior (artículo 45-A, tercer párrafo, numeral 2, literal c, del Código Penal). El tribunal Superior, a pesar del debate jurídico producido en primera instancia y a la pretensión impugnativa, introdujo sorprendivamente dos circunstancias agravantes genéricas, no postuladas por el fiscal, que importaron jurídicamente, desde la individualización de la pena, al añadir dos circunstancias atenuantes genéricas, una pena concreta dentro del tercio intermedio. Desde la perspectiva del principio acusatorio, en relación con la garantía de defensa procesal, se requiere que se produzca una indefensión material, real o efectiva, no meramente formal, en tanto en cuanto las inclusiones de circunstancias agravantes, al margen de la acusación fiscal, importaban desde el artículo 45-A, tercer párrafo, del Código Penal una pena concreta, en principio, superior a la determinación del hecho delictivo sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Variación del precepto penal. La modificación del tipo penal en el curso del juicio puede realizarse a instancia del órgano jurisdiccional. En este supuesto el Tribunal plantea la tesis de desvinculación, con pleno respeto de los hechos objeto del debate (acusación y defensa). El nuevo tipo penal puede ser uno distinto del señalado en la acusación escrita, pero siempre respetando la homogeneidad del

bien jurídico entre delito acusado y delito sugerido por el Tribunal –con ello se respeta el principio acusatorio– o un tipo legal agravado o atenuado, según conste en autos la presencia de circunstancias de atenuación o agravantes específicas. El límite al planteamiento de la tesis es, por cierto, la variación de la concreta figura delictiva, no la inclusión de otras circunstancias que no alteren la tipificación del hecho acusado.

El Fiscal, y las otras partes, están obligadas a pronunciarse sobre el planteamiento judicial de la tesis alternativa; y, en su caso, propondrán la prueba adicional que corresponda. Es claro que más allá de que el Fiscal acepte o no esta tesis alternativa, el Tribunal no está circunscripto a que lo haga, de suerte que en la sentencia, si mantiene su posición, puede muy bien pronunciarse sobre esa modificación propuesta. Las partes ya conocieron sobre esa posibilidad, se pronunciaron sobre ella –pueden incluso hacerlo en sus alegatos finales– e, incluso, actuaron pruebas, por lo que si el Tribunal insiste en su calificación alternativa no se tratará de un fallo sorpresivo que genere indefensión material.

El artículo 374.1 CPP prevé la potestad judicial y garantiza un trámite contradictorio. No condiciona la concreción de esa potestad a la aceptación de las partes, en especial del Fiscal. Ello significa, primero, el carácter relativo del título de condena en función al título acusatorio; y, segundo, que el principio acusatorio que asume no es uno expansivo que alzaprima la posición del Fiscal y niega potestades de configuración de la tipicidad del hecho al órgano jurisdiccional. Es de recordar que el principio se construye a partir de la ley y no viceversa. Por lo demás, se afianza la vigencia del principio de legalidad penal, respecto de la subsunción del hecho juzgado y de la pena que corresponda.

Acusación complementaria. Es la segunda posibilidad de alteración parcial de la acusación escrita en el curso del debate oral, antes de la culminación de la fase probatoria. Ésta procede cuando se trata de un hecho nuevo, no incluido en la acusación escrita, o de una nueva circunstancia, que importa, de un lado, la modificación de la calificación legal o, de otro lado, la integración del mismo en un delito continuado. En ambos casos se varía la calificación jurídica.

El “hecho nuevo” debe desprenderse de las actuaciones de la investigación preparatoria y que, eventualmente, no fue incluido en la Disposición Fiscal de Formalización, o habiéndolo sido no se incorporó en la acusación fiscal. Este hecho debe tener como consecuencia un cambio de la calificación jurídica, pero siempre dentro del concepto de homogeneidad del bien jurídico –si es un hecho diametralmente distinto, solo cabe que, en su oportunidad, se inste el

procesamiento penal autónomo—. La incorporación de nuevas circunstancias se refiere a las específicas que dan lugar a un tipo penal más grave o privilegiado, pues solo éstas dan lugar a un tipo penal distinto.

Respecto del delito continuado se trata, siempre, de nuevos hechos que comparten características comunes con los hechos precedentes e integran, desde las exigencias del artículo 49 CP, un solo delito continuado: pluralidad de acciones, pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza, realización de las acciones en momentos diversos e identidad de resolución criminal [HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA].

Acusación oral modificada. Está prevista en el artículo 387.2 CPP. Se circunscribe a la solicitud de sanción penal y de reparación civil. No se alteran los hechos básicos objeto de imputación, solo se incorporan nuevas razones en función a hechos que tengan incidencia en la sanción penal y civil, referidos al *quantum* de la pena y de la reparación civil, y que surgieron como consecuencia del debate oral. Éstos han de importar, sin alteración normativa alguna, una solicitud de pena o de reparación civil de mayor o menor entidad. El límite es que esos nuevos datos hayan sido objeto del debate —respeto del principio de contradicción—. Formalmente se requiere que el Fiscal destaque oralmente las razones de dicho cambio.

La modificación también puede incluir la solicitud de una medida de seguridad en reemplazo de la pena inicialmente pedida. Para ello se requiere que la peligrosidad criminal y la anomalía síquica grave han sido objeto de alegación, prueba y debate.

Acusación oral corregida. Esta prevista en el apartado 3) del citado artículo 387 CPP. Incluye dos variantes:

- 1.º Corregir errores materiales: de fechas, nombres, lugares, de copia, de cuenta, etcétera. El sentido de la acusación no cambia en modo alguno ni la calificación jurídica de los hechos.
- 2.º Incluir alguna circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión y, sin que sea considerada una acusación complementaria. Una tal circunstancia será una genérica y no podrá modificar la tipificación del hecho; la pena puede variar desde luego, a tono con lo prescrito en el artículo 387.2 CPP. En ambos supuestos se requiere que esos puntos hayan sido objeto del debate contradictorio. Está prohibida en este momento procesal la acusación sorpresiva.

5. Audiencia preliminar de control de la acusación

5.1. Objeto

La audiencia preliminar (artículo 351.3 CPP) plasma, asimismo, los principios de oralidad y concentración. En ella se debate oralmente, en presencia del juez de la investigación preparatoria, “la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida” (artículo 351.3 CPP). Esto es, concentra el control, formal y material, que el órgano judicial debe realizar del requerimiento acusatorio, a la vez que discute sobre la procedencia de las pruebas y demás medios de defensa que las partes puedan proponer, para viabilizar el juicio oral o, en su caso, impedir su desarrollo.

Esta audiencia es de carácter inaplazable (artículo 351.2 CPP). En caso que sea suspendida, la sesión reanudarse en un plazo no mayor a ocho días hábiles. Entre la acusación y el auto que la resuelve no puede exceder los cuarenta días y en caso de delitos complejos y de criminalidad organizada no puede transcurrir más de noventa días.

5.2. Pasos previos

Tres pasos previos deben tener lugar para la realización de la audiencia de control de la acusación.

- A. El fiscal emite la acusación y la acompaña con el expediente fiscal que ha formado como consecuencia de la investigación preparatoria a su cargo. El juez de la investigación preparatoria dicta el decreto de traslado a las partes procesales para que se pronuncien sobre su mérito en el plazo de diez días (artículo 350.1 CPP).
- B. El citado artículo 350.1 CPP autoriza plantear a las partes procesales, cada una desde su propia perspectiva y legitimación, siempre motivadamente, ocho cuestiones o mociones específicas. Se pueden proponer conjunta o separadamente, pero siempre hasta antes del vencimiento del plazo. Los escritos o mociones pueden referirse a los siguientes ámbitos: **1.** Observar la acusación por defectos formales, requiriendo su corrección. **2.** Deducir medios de defensa no planteados o fundados en hechos nuevos, tales como cuestiones previas o excepciones. **3.** Solicitar la imposición o revocación de una medida coercitiva o la actuación de prueba anticipada. **4.** Pedir el sobreseimiento. **5.** Instar la aplicación de un criterio de oportunidad –se entiende los supuestos previstos en el artículo 2 CPP, que requieren la

conformidad del fiscal durante la etapa preliminar—. 6. Ofrecer pruebas, presentar documentos o indicar el lugar donde se hallan. 7. Objetar la reparación y ofrecer la prueba pertinente. 8. Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio. Se discute si procede proponer la exclusión probatoria, punto no aceptado expresamente en el CPP —si en otras latitudes—.

- C. Vencido el plazo del traslado, con la presentación de las mociones escritas que comprenderán los ámbitos ya definidos, el juez de la investigación preparatoria emitirá la resolución de citación para la realización de la audiencia preliminar. Esta debe fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días.

5.3. Características

Son las siguientes:

- A. Es dirigida por el juez de la investigación preparatoria y tiene por objeto el debate de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.
- B. Se instala con la obligatoria presencia del fiscal y el defensor del acusado (la ausencia del defensor importa su reemplazo inmediato para la realización de una audiencia propiamente contradictoria).
- C. Rige plenamente el principio de oralidad, no se aceptan escritos.
- D. No es una audiencia de pruebas —salvo la actuación de prueba anticipada— ni se pueden actuar diligencias de investigación. Solo está autorizada la presentación de prueba documental, circunscrita a la decisión de alguno de los extremos de las mociones planteadas. La regla es que la audiencia preliminar no puede transformarse en un juicio oral anticipado.
- E. El juez de la investigación preparatoria resuelve sobre la base de un juicio de probabilidad en función a las actuaciones de la investigación preparatoria y los fundamentos de hecho expuestos por las partes.
- F. Se constituye como una garantía del imputado en la medida que el control permite liberarlo de ser sometido a un juicio basado en una acusación carente de fundamento o sin mínima prueba de respaldo [ORMAZABAL SÁNCHEZ].

5.4. Desarrollo

Es el siguiente: exponen, en ese orden, el fiscal, la defensa del actor civil, la defensa del acusado, la defensa del tercero civil. Se permite un trámite alternativo, en cuya virtud el fiscal puede presentar un escrito de modificación, aclaración o integración de la acusación fiscal en puntos no sustanciales. Al amparo de esta disposición el fiscal no debe incluir nuevos hechos, pero respetando el principio acusatorio puede incorporar nuevas circunstancias, rectificar o corregir las que consignó inicialmente, excluir algunas, así como proponer tipificaciones alternativas o, mejor dicho, subordinadas. Además, puede modificar las peticiones de penas y/o reparación civil. Frente a la propuesta o requerimiento aclaratorio del fiscal, el juez, en el mismo acto de la audiencia, correrá traslado a las demás partes, quienes inmediatamente deben pronunciarse.

6. Decisiones tras la audiencia preliminar

6.1. Regla general

Al finalizar la intervención de las partes, el juez de la investigación Preparatoria debe resolver, en ese acto, todas las cuestiones planteadas. Si los asuntos son complejos o el tiempo ya transcurrió en exceso, diferirá la resolución de los planteamientos hasta por 48 horas improrrogables, en cuyo caso la decisión simplemente se notificará a las partes. No se requiere de una suspensión y ulterior reapertura para su lectura en audiencia. Rige el artículo 352.1 CPP.

6.2. Ámbitos específicos

Es de resaltar seis ámbitos específicos.

- A.** En el ámbito de la función de saneamiento, si encuentran vicios formales en la acusación (artículo 350.1a CPP) y siempre que estos no puedan resolverse en el mismo acto –en cuyo caso, subsanadas que sean se procederá a un trámite de contradicción oral inmediato, luego de lo cual se expedirá la resolución de aclaración respectiva–, dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para su corrección, luego de lo cual indefectiblemente se reanudará la misma.
- B.** En el ámbito de los medios de defensa técnicos: cuestiones previas, excepciones, cuestiones de competencia e, incluso, posibles nulidades (artículo 350.1b CPP). Contra este extremo procede recurso de apelación

no suspensivo. Si bien el artículo 352.3 CPP prescribe que la resolución se dictará en la misma audiencia, es aplicable la regla general del apdo. 1 del mismo artículo.

- C. En el ámbito del control material –decisión sobre la procedencia del sobreseimiento o del enjuiciamiento–, el pronunciamiento del juez es en respuesta de las mociones interpuestas por las partes (artículo 352.4 CPP). El sobreseimiento, que se dictará conforme a las pautas fijadas en el artículo 347 CPP, está condicionado al cumplimiento de los requisitos del artículo 344.2 CPP, siempre que: **a)** resulten evidentes; y, **b)** no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. La desestimación del sobreseimiento instado por el imputado o el responsable civil no es recurrible.
- D. En el ámbito de las propuestas probatorias, la pauta regular es la especificidad del medio probatorio ofrecido: se debe indicar el aporte y el punto concreto del interrogatorio, exposición o examen. Su aceptación está condicionada, primero, a que la parte solicitante indique el probable aporte que piensa obtener de él –debe constar en la solicitud probatoria o en su fundamentación oral en la audiencia–; y, segundo, a la pertinencia, conducencia y utilidad del medio probatorio ofrecido (artículo 352.5 CPP). La finalidad de esta etapa es facilitar a las partes la adquisición de las fuentes y medios de prueba que posee cada una de ellas para el correcto desarrollo del juicio oral [BERNAL].

La pertinencia significa relación lógica entre el medio y el hecho por probar. La conducencia quiere decir que la ley permita probar con ese medio el hecho por probar (condiciones del medio de prueba para que se adecue a la exigencia de validez de la actividad probatoria, idoneidad), esto es, que el hecho pueda demostrarse legalmente por el medio propuesto –este es el caso del fiscal, juez y secretario judicial, quienes son inhábiles para declarar como testigos, precisamente por haber intervenido en la causa y lo que conocen está en relación a su actuación funcional (STSE de 0310-95)–. La utilidad importa que el medio probatorio tenga aptitud para alcanzar el fin que con él se persigue. Para el rechazo de la prueba por impertinencia, inconducencia o inutilidad, esta deberá ser evidente, lo que requiere necesariamente un juicio de certeza o de alta probabilidad al respecto, sustentado en razones de economía procesal.

La resolución que se profiera en este extremo no es recurrible, sin embargo, el reexamen procede con arreglo al artículo 155.4 CPP. El reexamen es un remedio jurídico destinado a la corrección de decisiones defectuosas; es propiamente una reconvención mediante la cual se pretende cambiar una decisión tomada, en el ámbito de la aceptación o rechazo de una prueba a través de un nuevo discurso de hecho o punto de vista jurídico, o de hechos que no han sido suficientemente considerados.

- E. En el ámbito de la prueba anticipada, la decisión del juez de la investigación preparatoria se concretará a admitirla o denegarla bajo las reglas de los artículos 242-244 CPP. La actuación de la prueba anticipada será materia de otra audiencia, lo que no impide sin embargo dictar el auto de enjuiciamiento.

La norma dice que esa audiencia “podrá dirigirla un Juez si se trata de Juzgado Penal Colegiado”. Empero, se está ante una antinomia normativa que merece una interpretación correctora: la urgencia de esa prueba y las características de la anticipación probatoria, en función a las lógicas de funcionamiento y de configuración del procedimiento intermedio, hacen que su actuación corresponde al juez de la investigación preparatoria.

- F. En el ámbito de las convenciones probatorias, su aceptación judicial está condicionada a que el juez de la investigación preparatoria no advierta una falta de compatibilidad con las pretensiones que ha hecho valer en la audiencia preliminar, o una falta de coherencia con lo actuado en la investigación preparatoria, o una ausencia de defensa efectiva que lesione ostensiblemente el entorno jurídico del imputado. Aceptada la convención probatoria, se debe indicar los hechos específicos que se dan por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

6.3. Impugnación contra las resoluciones intermedias

La resolución (auto) que corresponde dictar al juez de la investigación preparatoria está sujeta a determinados controles impugnatorios, no necesariamente regulados en función a una consideración abstracta o única, pues se trata de situaciones jurídicas diversas. Así:

- A. Los defectos formales de la acusación se deciden bajo una resolución inimpugnable o irrecurrible—sea la resolución estimatoria o desestimatoria, encuentre o no defectos formales en la acusación—, tal como expresamente

está definido por el artículo 352.2, última oración, del CPP. La lógica del procedimiento así lo determina, pues la legalidad y completitud de la acusación es la base para toda la discusión ulterior y, en su día, para la emisión del auto de enjuiciamiento, sí así procediera. Un recurso pondría en crisis irrazonablemente la continuidad del propio procedimiento intermedio, lo que no es de recibo.

- B.** La resolución sobre la admisión de pruebas es irrecurrible, como está taxativamente establecido por el artículo 352.5b del CPP. Téngase en cuenta que tal decisión puede ser materia de reexamen –que puede calificarse como una suerte de reposición: artículo 155.4 del CPP–; y, además, existen otros momentos en que puede insistirse en una prueba inadmitida (al inicio del juicio oral: artículo 373 del CPP). En todo caso, si se está antes una prueba decisiva en su día puede incluso ser motivo de recurso de casación mediante la causal de inobservancia de precepto constitucional o de quebrantamiento de precepto procesal: artículo 429. 1 y 2 del CPP.
- C.** Respecto de las excepciones u otro medio de defensa (cuestión previa y cuestiones de competencia), el artículo 352.3 del CPP es aparentemente limitativo. Permite el recurso de apelación siempre que se estime el medio de defensa. La expresión: “[...]contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación”, estaría condicionada a la primera frase de este apartado: “De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, ...”. Podría sostenerse que la aclaración del precepto estriba en enfatizar el efecto no suspensivo del recurso de apelación contra estos autos, pues “[...]. La impugnación contra autos no impide la continuación del procedimiento”. Recuérdese que está en discusión un presupuesto procesal del órgano judicial (en el caso de las cuestiones de competencia) y diversos presupuestos procesales vinculados a la adecuación del procedimiento (naturaleza de juicio), al objeto procesal (cosa juzgada) y a la causa (prescripción, amnistía e improcedencia de acción), determinantes para que pueda dictarse una decisión fundada sobre el fondo del asunto. Por ello es que, pese a que el procedimiento no se paralice, se permite una impugnación vertical para evitar, de ser fundada la excepción o el medio de defensa, la continuación de procesos indebidos que afecten la legalidad procesal penal y la legitimidad de la decisión final.

Otra opción hermenéutica podría ser, en cuanto el apartado 3 del indicado precepto, no mencionó –como se hace en todos los casos– que

la resolución desestimatoria no es impugnabile, y que el artículo 416 del CPP, que identifica las resoluciones apelables, indica que los autos que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones como expresamente recurribles, sean estimatorias o desestimatorias. Esto último significaría que existe una antinomia normativa –aparente, en la línea de BOBBIO–, en el propio Código Procesal Penal, en el supuesto de que una norma prohíbe y la otra permite el mismo comportamiento parcial (impugnar resoluciones que desestimen o declaren infundada las excepciones u otros medios de defensa: una no la acepta y la otra sí), pero requieren de una relación de coordinación). De ser así la solución podría darse a partir del criterio de especialidad, que da primacía a la especificidad de una norma vinculada a una materia más particularizada. No puede entenderse que la especialidad, en el presente caso, implica que las reglas sobre el procedimiento intermedio tienen primacía sobre las reglas que definen el ámbito del recurso de apelación como un todo –las dos disposiciones en contradicción regulan un mismo punto impugnativo, con la posible diferencia de la etapa procesal en que tienen lugar, supuesto último que podría generar incoherencias y disfunciones en el ejercicio del derecho al recurso–. Primaria, entonces, siguiendo esta tesis, un criterio axiológico vinculado a la igualdad de trato en materia impugnativa en la medida en que el enunciado normativo del 352.3 del CPP no afirmó, como los demás apartados del precepto, la prohibición de impugnación, y, por tanto, que esta disposición sería derrotada por el artículo 416.1b el CPP, tanto más si la garantía de tutela jurisdiccional exige el acceso a los recursos legalmente previstos y una interpretación de las reglas sobre los recursos pro actione.

Pareciera que el principio de razonabilidad podría inclinarse en esta segunda opción hermenéutica, aunque no necesariamente sería del caso sostener con rotundidad que la primera interpretación sería ilegal pues precisamente se está ante una antinomia. En todo caso, la Sentencia Casatoria 652-2019/Tacna, de 03-02-2022, se inclinó por la segunda opción, aunque sin hacer mención a la antinomia ni a los métodos de solución de la misma e inclinándose por lineamientos genéricos acerca de los principios del Estado de Derecho.

- D.** La solicitud de sobreseimiento, si se ampara, obviamente, es impugnabile conforme a lo taxativamente estipulado por el artículo 416.1b del CPP. El auto de sobreseimiento puede dictarse de oficio o a pedido de parte. La

resolución desestimatoria no es impugnabile. Así también se desprende del citado artículo 416.1.b del CPP: “El recurso de apelación procederá contra: b) Los autos de sobreseimiento [...], o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o a la instancia”. Este precepto está en función a la obligatoriedad del principio del doble grado de jurisdicción respecto de aquellas resoluciones definitivas de primer grado (serían una sentencia –absolutoria o condenatoria–, un auto de sobreseimiento, un auto que ponga fin al procedimiento o a la instancia –autos equivalentes–), conforme al artículo 139.6 de la Constitución y artículo 8.2h de la CADH: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, y artículo 11 de la LOPJ.

Por lo demás, al desestimarse la solicitud de sobreseimiento planteada por la defensa, solo se ratifica la validez formal de la acusación. El auto de enjuiciamiento no determina irremediabilmente una sentencia condenatoria, tanto más si el juez que la emite es otro y si, de por medio, se ha dado lugar al procedimiento principal o juicio oral, en el que se forma la prueba y se exige, ya no sospecha suficiente, sino un estándar o umbral de prueba altísimo: acreditación de la hipótesis acusatoria y desestimación sólida de la hipótesis defensiva; la duda, por lo demás, determina la absolución (artículo II in fine del Título Preliminar del CPP).

- E. Es irrecurrible la resolución que se pronuncia sobre la actuación de prueba anticipada –que la acepte o que no la acepte–. Aquí es de rigor aceptar tal imposibilidad del recurso solo cuando la razón no incida en una situación que pueda causar gravamen irreparable, que se deniegue tal anticipación probatoria pese a la evidencia de la situación de urgencia que la determine y que ello tiene entidad relevante para perder la prueba y que no podrá actuarse en el juicio oral.

Lo expuesto significa que la regla es la restricción de la apelación, y que únicamente se autoriza el recurso cuando se estima o ampara el sobreseimiento, la excepción u otro medio de defensa –con las particularidades en este último caso y en la denegación de anticipación probatoria–. Los demás tipos de resoluciones no son impugnables. Ello es consecuencia, además, del principio de taxatividad del recurso y, en todo caso, del principio de obligatoriedad de impugnación vertical cuando se trata de sentencias y autos equivalentes.

7. Las convenciones probatorias

7.1. Aspectos previos

7.1.1. Principio de verdad material y principio de investigación

En el proceso penal, a diferencia del proceso civil, rige el principio de verdad material y, para su descubrimiento, el principio de investigación (en el proceso civil rige el principio dispositivo). El principio de investigación significa que un órgano del Estado, el Ministerio Público, investiga las circunstancias del hecho y, en ello, no está vinculado a las solicitudes y declaraciones de las partes –instruye por sí mismo y procede de manera inquisitiva–. El juez, asimismo, está legitimado y obligado al esclarecimiento de los hechos acusados –irrenunciable por razones epistemológicas– y, por tanto, en el Plenario debe extender, en lo legalmente habilitado, la recolección de la prueba a todos los hechos acusados y medios de prueba que son de importancia para la decisión, incluso reclamar a las partes esa actividad amplia. Es claro, en esa línea, como enseñan ROXIN–SCHÜNEMANN, que el juez no está vinculado a la confesión del imputado; que en el proceso penal no puede haber juzgamiento contra un ausente, pues de su no comparecencia no se puede deducir su culpabilidad; que el acusado no tiene la obligación de presentar prueba [VOLK]; y que el juez no está limitado por los requerimientos y solicitudes de prueba de las partes, pues de oficio puede aportar otros medios de prueba que no han sido planteados por las partes. En materia de recepción probatoria, por lo demás, se reconocen tres principios clave: (1) intermediación, por el que solo se puede formar la sentencia según el resultado presenciado del juicio; (2) sana crítica racional, que excluye reglas fijas establecidas por el legislador y una línea libérrima sin controles por el juez (principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos); y, (3) *in dubio pro reo*, que exige, en caso de duda, una sentencia absolutoria.

7.1.2. Lógica del proceso penal

La actividad jurisdiccional penal está intervenida por el interés público intrínseco a la tipificación penal. El Ministerio Público no puede renunciar al ejercicio de la acción penal –no es suya, sino del Estado–; debe cumplir sus deberes y ha de ejercitar, con la finalidad legal, sus facultades. Como esté en juego un interés público rige el principio de oficialidad, no los bienes jurídicos de los litigantes. El destino legal de las investigaciones, del Ministerio Público y de la Policía, es el juez. El fiscal, si hay materia criminis, tiene el deber de perseguir y de acusar; y, en el plenario, han de practicarse los medios de prueba propuestas

por las partes –acusación y defensa– pero también las diligencias de prueba ex officio, lo que responde también al principio de oficialidad (un interés público prevalente legitima el deber de una actividad probatoria necesaria para reconstruir los hechos). El fiscal tiene un deber de probar, que también alcanza al juez, aunque con menor intensidad.

En conclusión, lo que se debe probar lo es por un deber y una exigencia del principio de oficialidad, que no puede confundirse con el principio dispositivo. Por ello, la regla es que todo hecho relevante para la sentencia, en función a la acusación y a la oposición a ella –objeto del debate–, vinculado al principio acusatorio, al principio de contradicción y a la garantía de defensa procesal, debe esclarecerse por los medios de prueba pertinente, útiles y conducentes.

7.2. Alcances de la convención o estipulación probatoria

7.2.1. Presentación

Es, sin duda, la convención o estipulación probatoria, una excepción a los principios de investigación y de necesidad de prueba, aunque se ha venido difundiendo masivamente en el movimiento de reforma latinoamericano. Si todo hecho relevante, según la ley penal, debe esclarecerse por los medios de prueba respectivos; y, si la confesión no es prueba autónoma –así, entonces, rige el principio de libertad de prueba, precisamente para garantizar la meta de esclarecimiento del proceso penal–, una línea de consenso entre fiscal y acusado sobre hechos y pruebas, por ser ajena a este principio, debe trazarse con sumo cuidado y sólidas limitaciones para no desnaturalizar el principio cognoscitivo del proceso.

7.2.2. Regulación Legal

Dos preceptos, en la materia, han sido incorporados en el CPP, no necesariamente concordantes entre sí: **1.** El artículo 156.3: “Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en acta”. **2.** El artículo 350.2: “Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime”.

7.2.3. Definición

La convención o estipulación probatoria constituye un acuerdo de las partes procesales sobre hechos que no se controvierten y sobre medios de prueba necesarios para acreditar un hecho, que, al ser aprobados por el juez de la investigación preparatoria, dispensan de la carga de probarlos y, en su caso, determinan un medio convenido para acreditar determinados hechos, lo que luego no podrá ser discutido durante el Plenario. Estos hechos y medios probatorios convencionales deberán formar parte de la motivación de la sentencia, de modo que el juez decisor deberá hacerse cargo de tales convenciones en los términos legalmente previstos [HORVITZ]. Solo en el proceso inmediato se exige al juez una conducta proactiva en materia de convenciones o estipulaciones probatorias; así, el artículo 448.5 del CPP prescribe: “El juez [Penal] debe instar a las partes a realizar convenciones probatorias”.

La convención probatoria es una institución probatoria que solo se configura a iniciativa de parte y con su aquiescencia —ésta será mutua, vinculada a quienes afecta esta circunstancia y medio de prueba postulado—. La convención probatoria no significa terminación anticipada del proceso, interrupción o suspensión de la acción penal o inmunidad para el imputado [SILVA CORREDOR]. El objetivo, con la convención probatoria, es concentrar, acelerar y ganar tiempo y esfuerzo en el desarrollo del juicio. Concordar sobre las circunstancias del hecho principal, el propio complejo del hecho o determinados medios de prueba, permite focalizar la estrategia probatoria de las partes en lo que les interesa —pero es de reconocer que lo que les interesa a las partes, no necesariamente es lo que requiere la justicia, la que siempre debe cuidar el juez—.

7.2.4. Alcance

- A. El artículo 156.3 del CPP estatuye que la convención probatoria solo abarca: “...determinada circunstancia [que] no necesita ser probada”. Y, como es sabido, en el ámbito penal sustantivo una circunstancia es una parte del hecho procesalmente relevante, no es el hecho nuclear o principal. Está alrededor del hecho típico, en torno a él. Como dice ANTOLISEI, implica por su misma índole la idea de accesoriadad, por lo que presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura —en esa misma línea expone MUÑOZ CONDE: son situaciones que rodean (circum-stare: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor,

cuya toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito en todos sus elementos—. Son, en buena cuenta, como apunta PRADO, factores o indicadores de carácter objetivo, y fáctico desde luego, que ayudan a la medición de la intensidad de un delito y ponderan el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse al interviniente delictivo. Diferente, obviamente, son las causales de disminución e incremento de la punibilidad, pues ellas no están fuera del delito, como las circunstancias, sino que se construyen desde su estructura, grado de realización, niveles de intervención delictivo o pluralidad de delitos (v.gr.: tentativa, eximentes imperfectas, complicidad secundaria, delito continuado y delito masa, concurso ideal de delitos y concurso real de delitos [PRADO]).

- B.** Ahora bien, el artículo 350.2 del CPP menciona “...los hechos que aceptan [los demás sujetos procesales]”. ¿Quiere esto decir que al no mencionar el vocablo “circunstancia” este precepto amplió el ámbito de la convención probatoria o le dio o aclaró el sentido del mismo? Tal vez, esta acepción, de Derecho penal material, vinculada a la medición de la pena, no es pertinente a estos efectos, sino aquella que se refiere a los denominados hechos precedentes, concomitantes y posteriores [vid.: artículo 349.1b del CPP, que diferencia el vocablo “circunstancia” del estatuido en el mismo artículo y numeral, literal ‘e’, referido a sus efectos respecto de la medición de la pena]. Pareciera, entonces, que al decir “hechos” se aclara el entendimiento del enunciado normativo y, por tanto, comprende (i) hechos nucleares –integrantes del tipo delictivo– y (ii) hechos accesorios –que definen las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal–, así como, desde la perspectiva procesal, hechos precedentes, concomitantes y posteriores, los que a su vez pueden comprender aspectos del hecho típico o determinados hechos secundarios –que sirven como premisas de la inferencia y del razonamiento indiciario–. Lo que está claro es que no pueden aceptarse convenciones probatorias en torno a la propia responsabilidad penal por la comisión del delito [UGAZ ZEGARRA]. Lo que se estipula o se conviene son hechos o datos facticos, no inferencias, conclusiones ni conceptos jurídicos o cómo interpretar una determinada declaración, pericia o documento.
- C.** El citado artículo 350.2 del CPP adiciona los medios de prueba necesarios para acreditar determinados hechos. Siempre y cuando no vulneren los

principios elementales de la prueba, es de rigor aceptar esta convención probatoria. Así, una testimonial no puede acreditar la causa de la muerte de una persona, una inspección judicial no puede establecer las condiciones del suelo que determinó la caída de una edificación, una testimonial –siendo ajena al hecho no presenciado– no puede probar si una firma es falsa.

7.2.5. Límites

Aceptada una convención probatoria su validez solo puede ser desvirtuada por las pruebas actuadas en el plenario, si concurren sus presupuestos [HORVITZ]. El valor cognoscitivo de la prueba y la lógica que dimana del principio de verdad material (*veritas delicti*) autoriza tal conclusión. No se puede dar por cierto un hecho materia de convención o estipulación probatoria si en el juicio se demuestra su falsedad. Los datos fácticos convenidos o estipulados se valoran en la sentencia y según el material probatorio actuado el juez debe decidir lo que corresponda.

7.2.6. Requisito formal

La convención o estipulación probatoria, dispone el artículo 156.3 del CPP, debe constar en acta –de control de la audiencia preliminar de control de acusación–. A su vez el precepto de desarrollo (artículo 350.2 del CPP) puntualiza que el juez de la investigación preparatoria debe aprobarla. El juez, sin duda. No está vinculado a las propuestas de convención probatoria, debe examinar el planteamiento de las partes y dictar una decisión fundada al respecto –que desde luego se consignará en el acta, para su debida protocolización y seguimiento por el juez del juicio (el juez penal)–. En caso de desestimación, se necesita de una motivación reforzada, pero si no la incorpora en la resolución que dicte deviene inatendible para el juez penal, es decir, carece de efectos legales. La negativa del juez de la investigación preparatoria, por cierto, puede incidir, fundadamente, en que se refiere a la integridad del hecho principal o típico (envuelve un aceptación de cargos o allanamiento encubierto), a un medio de prueba que no tiene aptitud para acreditar lo que se convino, a que el imputado u otra de las partes no ha tenido la suficiente información sobre sus alcances o a que es por completo contradictoria con su lógica defensiva o estrategia procesal trazada desde un principio –no tiene justificación razonable–.

IV. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

1. Concepto

El auto de enjuiciamiento se emite de conformidad con el artículo 353 del CPP. Se erige en un proceso procesal y condiciona la incoación del procedimiento principal o de enjuiciamiento. Se dicta una vez se ha proferido y notificado el auto de cuestiones preliminares. La Ley no fija un plazo para su emisión. Se define como la resolución, en forma de auto, dictada por el juez de la investigación preparatoria que constituye un juicio positivo sobre la acusación, necesaria en virtud del principio acusatorio, y reconoce la potestad de acusar del fiscal. Presupone concurrentemente el cumplimiento de los presupuestos y requisitos materiales y formales que condiciona el enjuiciamiento. Delimita el hecho punible objeto del plenario y la sentencia, fija los medios de prueba que se actuarán en el plenario, determina el órgano competente para el juicio y dispone la remisión de los actuados al juez penal.

El auto de enjuiciamiento es irrecurrible y definitivo. El Juzgado Penal queda vinculado al citado auto, no puede dejarlo sin efecto. El acusado, que carga con la acusación, ahora debe esperar a ser absuelto y rehabilitado en el juicio oral; y, el fiscal tampoco puede impugnarlo porque éste ya alcanzó su objetivo [VOLK] (artículo 353.1 del CPP). Este auto no formula por sí mismo un reproche, sino admite la acusación para la incoación del juicio oral, y el juez que conocerá del mismo será uno juez de conocimiento (Juzgado Penal), llamado a intervenir en el juicio oral.

2. Efectos

Son tres:

- A. Cierra la entrada de nuevas partes acusadoras.
- B. Impide la entrada de nuevo material fáctico.
- C. Determina la publicidad del procedimiento.

3. Contenido

La motivación del auto de enjuiciamiento será escasa, en atención que el auto resultante de la audiencia preliminar de control de la acusación ya realizó la valoración respectiva, con indicación de las fuentes medios de investigación justificatorios y, luego, de los medios de prueba que se actuarán en el acto oral. El auto de enjuiciamiento presupone la resolución anterior (artículo 353.1

CPP); luego, es el segundo auto interlocutorio de la etapa intermedia después de producida la acusación.

El auto de enjuiciamiento, bajo sanción de nulidad, debe contener cinco extremos necesarios:

- A. Identificación de imputados y agraviados.
- B. Delito o delitos acusados, incluyendo las tipificaciones subordinadas incorporadas expresamente por el fiscal.
- C. Los medios de prueba admitidos y de las convenciones probatorias aprobadas –es una reiteración de lo ya resuelto en el auto anterior–.
- D. Indicación de las partes personas y constituidas en autos.
- E. Orden de remisión al juez penal competente.

De no haberse producido un pronunciamiento sobre las medidas coercitivas, en el auto de enjuiciamiento se pronunciará sobre su procedencia (artículo 353.3 CPP).

4. Remisión de actuaciones

La remisión de las actuaciones al juez penal está condicionada a la notificación de las partes –se tendrá como válido el último domicilio que señalaron en la audiencia preliminar y para ello se empleará el medio más célere– (artículo 354.1 CPP), y a la actuación, si correspondiere, de la prueba anticipada, que se realiza en acto aparte. Como se anotó, la prueba anticipada la realiza el juez de la investigación preparatoria, tal como se desprende de los artículos 242.2 y 29.3 CPP. La remisión, cumplidos esos actos procesales previos: notificación y prueba anticipada, se realiza dentro de las 48 horas (artículo 354.2 CPP).

V. EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO

Se define como la resolución que emite el juez penal competente mediante la cual señala fecha para la realización del juicio oral con indicación de la sede del juzgamiento. Esta será la más próxima posible, con un intervalo no menor de diez días.

En cuanto a su contenido, debe ordenar el emplazamiento de todos los que han de concurrir al juicio (partes y órganos de prueba). Debe identificar al abogado defensor y disponer lo necesario para la continuación efectiva del acto

oral. El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de inasistencia. Las partes deben coadyuvar –contribuir, asistir o ayudar a la consecución de una cosa– en la localización y comparecencia de los testigos y peritos que han propuesto.

Expedido el auto de citación a juicio, la segunda decisión que ha de tomar el juez penal –colegiado: pena del delito acusado sea en su extremo mínimo mayor de seis años, o unipersonal: los demás supuestos–, será la de formación del expediente judicial conforme al artículo 136 CPP. El contenido y trámite para la debida conformación del expediente aparecen descritos en los artículos 136 y 137 CPP. La fuente de estos artículos es el CPP Italiano.

A estos efectos el Juzgado Penal tendrá consigo el expediente fiscal –que sus regulaciones internas denominan carpeta– y el expediente formado ante el Juzgado de la Investigación Preparatoria. Existen una serie de actos o documentos básicos que deben anexarse al expediente judicial: *(i)* relativos a la acción penal y civil; *(ii)* diligencias de constancias y actas de prueba preconstituída; *(iii)* actas de la prueba anticipada; *(iv)* informes o dictámenes periciales, documentos y actas y resoluciones del procedimiento intermedio, así como las actuaciones complementarias de la Fiscalía. El Ministerio Público y las demás partes procesales, se pronunciarán sobre el expediente inicialmente formado y pedirán inclusión o exclusión de alguna pieza. Tras la decisión del juez penal, lo no incorporado que es parte del expediente fiscal se devolverá al ministerio Público. Por lo demás, se pueden obtener copias del expediente judicial formado al efecto.

LECCIÓN DÉCIMA CUARTA

EL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL (JUICIO ORAL)

I. ASPECTOS BÁSICOS

1. Concepto

El juicio oral –denominación que sigue de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española– es el procedimiento principal. Así lo reconoce el artículo 356.1 del CPP, con una dicción de relevante impronta germana. Con él empieza propiamente lo definitivo del proceso penal. Juicio y proceso no son vocablos de contenido idéntico; el juicio, aclaró BELLAVISTA, está en el proceso, pero no es el proceso. Es, eso sí, su núcleo esencial; su momento fundamental. Ahora bien, el punto de vista que ahora se asume es, enseñó ALCALÁ-ZAMORA, el del fenómeno procesal desde una perspectiva dinámica, es decir, como un mecanismo que marcha en virtud de una concatenación de actos, desde su comienzo a su fin –en el doble sentido de finalidad y finalización–.

El procedimiento principal puede definirse como el conjunto de actuaciones que tiene como eje fundamental la celebración del juicio, que, como acto concentrado, es la máxima expresión del proceso [ASENCIO]. En el plenario o debate, con su lógica de esencialidad e indefectibilidad, como diría LEONE, se enjuicia la conducta del imputado para condenarlo o absolverlo. Juicio, *stricto sensu*, guarda relación con la más característica función del juez: pronunciarse sobre el litigio [ALCALÁ-ZAMORA]. Su núcleo es la práctica de la prueba y la alegación sobre ella. Es el tratamiento en forma contradictoria, oral y pública del proceso; en él las partes entran en contacto directo; en él se presentan y ejecutan las pruebas y el contenido del proceso se manifiesta en toda su amplitud; en él el objeto procesal halla su definición y donde alcanzan los fines del mismo; por la condena o la absolución en él se manifiesta en toda su extensión la pugna entre las partes, pugna que es la más dramática desde que se decide la suerte del acusado [FLORIÁN].

En esta misma perspectiva, SÁNCHEZ VELARDE recalca que el juicio oral es la actividad procesal dirigida por el órgano jurisdiccional, de naturaleza dinámica, preordenada por la ley, con intervención de todos los sujetos procesales y que tiene por objetivo específico el análisis de la prueba actuada y debatida en la audiencia de acuerdo a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción, principalmente. En este procedimiento se concentra el objeto del proceso, pues la acusación obliga al juez a fallar la causa dentro de los extremos de aquélla y la defensa (objeto del debate).

Las partes actúan en pie de igualdad y el juez decide por sentencia contradictoria del modo más aséptico posible que resulta (*i*) del principio de inmediación en cuanto a la práctica de las pruebas, (*ii*) de su ausencia del procedimiento de investigación preparatoria –que podría haberle prevenido contra el acusado– y (*iii*) de las peticiones de las partes. El razonamiento del juez se forma en base a los resultados perceptibles de las pruebas y de los argumentos que cada defensor exponga en consideración al material probatorio disponible. El juez, salvo el planteamiento de la tesis como excepción, no tiene iniciativa para modificar los hechos ni para variar el título de condena (homogeneidad de bien jurídico vulnerado) ni la sanción penal (la pena legal pedida no puede ser alterada ni imponer una pena mayor que la pedida). El cometido del juez decisor es realizar una labor enjuiciadora de hecho y de derecho, que es lo característico del proceso, y que constituye, por así decir, su medida [PRIETO-CASTRO].

Al calificarse de “principal”, con esta etapa del proceso penal se pretende satisfacer el firme objetivo de *relativizar* las investigaciones del Ministerio Público –la trascendencia del procedimiento de investigación preparatoria– y, como tal, atribuirles sólo el valor de actos encaminados a la preparación del juicio, así como potenciar como fase decisiva la del juicio oral o enjuiciamiento. [CALDERÓN-CHOCLÁN]. Así, artículos 321.1 y 325 del CPP.

En esta etapa es del todo posible, y necesario, ampliar y complementar el material reunido durante el procedimiento de investigación preparatoria –las fuentes de prueba obtenidas–, al igual como discutirlo con la finalidad de arribar a una resolución final y definitiva que concrete la actuación del Derecho penal sustantivo y también, en su caso, la del civil [MORÓN]. Se puede decir que el juicio oral es en donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo y donde los jueces han de examinar el material probatorio para pronunciar sentencia; el arsenal donde el acusador y acusado deben tomar sus armas de combate y defensa y el órgano jurisdiccional los fundamentos de su sentencia.

Conceptualmente, el juicio oral es un acto jurisdiccional, unitario y complejo. **1.** Es jurisdiccional porque su iniciación, desarrollo y culminación es obra y responsabilidad del órgano jurisdiccional. **2.** Es unitario porque refleja todos los actos constitutivos del juicio oral, desde que se instala la audiencia hasta que se lee la sentencia y se suscribe el acta de cierre. **3.** Es complejo porque encierra todo un universo de actos procesales penales, que comprende procesales múltiples y diversos pero conexos y orientados al esclarecimiento de los hechos para la correcta aplicación del Derecho objetivo [MIXAN]; en suma, actos de concreción del objeto del debate, actos de ejecución de la prueba, actos de alegación sobre ella, actos de prueba complementaria o final y acto de pronunciamiento de la sentencia.

El juicio oral no se agota en una sola vez, sino que se desarrolla por grados: se escinde en dos importantes momentos, el de primera instancia (primera cognición) y el de apelación (segunda cognición). El de primera instancia tiene una importancia superlativa, pues en él el proceso se desenvuelve completamente tanto en el hecho como en el derecho. En el de segunda instancia (apelación) la materia de debate es limitada, al mismo tiempo que los preceptos procesales que los regulan se ajustan a los del juicio de primera instancia, con lo que éste aparece como la forma fundamental (artículo 3424.1 del CPP) [FLORIÁN].

2. Principios

El artículo 356 del CPP, ya citado, y los restantes hasta el artículo 366 del CPP, fijan sus principios determinantes, que le dar razón de ser. El procedimiento principal se concentra en una o varias sesiones y se desarrolla bajo los principios de contradicción, oralidad, publicidad, inmediación y concentración, así como los de igualdad, aportación de parte y acusatorio.

A. El principio de oralidad es esencial y constituye instrumento ineludible para una correcta formación de la prueba. Las pruebas personales (testimoniales, declaración imputado y examen de los peritos) deben ser practicadas, como regla, en forma oral –garantiza la plena asunción de la información, que no permite la escritura–. Las demás pruebas (documentales y documentadas) se leen, escuchan o visualizan. El Tribunal examina por sí mismo la fuente de prueba. Pero este principio no solo se impone en la práctica de la prueba, también rige en otros principales actos que se practican en el juicio, tales como presentaciones y alegatos de las partes, y la última palabra del acusado.

- B.** El principio de contradicción, que se manifiesta fundamentalmente en la garantía de defensa procesal, asegura la existencia de una dualidad de posiciones. La verdad se halla sobre la base de una oposición entre partes encontradas. Se expresa en la práctica de la prueba y en los alegatos; las partes exponen sus respectivas afirmaciones-defensas en el tiempo necesario y las discuten-debatén produciendo la prueba en que se sustentan. Por lo demás, el reconocimiento del derecho a la última palabra es la manifestación más clara del derecho del acusado a contradecir personalmente lo practicado en el juicio. El principio de contradicción presupone igualdad de armas: la defensa debe contar con las mismas posibilidades de actuación que la acusación, y la presencia obligatoria del imputado y su defensa, de acuerdo con el principio *auditur et altera pars*. En materia de prueba sumarial –siempre que medie irrepetibilidad y urgencia–, esta solo puede acceder al Plenario en la medida que la contradicción haya sido respetada [CALDERÓN/CHOCLÁN].
- C.** El principio de inmediación afianza una formación correcta, adecuada y plena de la prueba, especialmente si esta es personal. El Tribunal observa las reacciones de los órganos de prueba, que a su vez le permite decidir con mayor fundamento de causa. Vinculados a este principio se encuentran los de concentración y de identidad física del juzgador. La inmediación, subjetivamente, permite que el juez se relacione directa y estrechamente con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo; y, objetivamente, resguarda que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable o más refrendadas por las pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación de hecho a probar.
- D.** El principio de publicidad constituye una garantía para la sociedad que controla de este modo la justicia penal. La oralidad tiene como fin afirmar la publicidad. Protege a las partes de una justicia sustraída al control público, evitando el oscurantismo y las resoluciones arbitrarias y mantiene la confianza en los tribunales al permitir que los ciudadanos conozcan cómo se administra justicia (STEDH Barberá vs España, de 06-12-1989).

La sentencia solo ha de gravitar sobre lo actuado en el juicio oral –sobre las pruebas legítimamente incorporadas en él (artículo 393.1 del CPP)–. Ello es así en tanto: (i) el órgano decisor no ha actuado antes en función alguna de investigación, con lo que, y dado que en caso alguno puede acusar ni directa ni indirectamente, se garantiza su imparcialidad; y, (ii) las partes se hallan en situación de igualdad y pueden actuar en la práctica de la prueba con plenas facultades

3. Regulación legal

La Sección III, que integra el Libro Tercero del CPP, está dedicada al juzgamiento. Consta de seis títulos con un total de 48 artículos: 356-403 CPP. Se distribuye de la siguiente manera:

Título I Preceptos generales (356-366):	11 artículos
Título II Preparación del debate (367-370):	4 artículos
Título III Desarrollo del juicio (371-374):	4 artículos
Título IV Actuación probatoria (375-385):	11 artículos
Título V Alegatos finales (386-391):	6 artículos
Título VI Deliberación y sentencia (392-403):	12 artículos

El procedimiento principal tiene un acto formal de iniciación, constituido por la instalación del juicio oral y otro formal de conclusión, representado por la lectura íntegra de la sentencia y la posición de las partes sobre ella (artículos 355, 396 y 401 del CPP), más allá de que en este último supuesto, con la autodefensa del acusado, se da por cerrado el debate (artículos 391/392 del CPP), pues falta el momento de la deliberación y pronunciamiento de la sentencia.

4. Técnicas de intervención de las partes en el procedimiento principal

El enjuiciamiento es el procedimiento principal que se estructura en base a los principios antes analizados y, como luego veremos, consta de un régimen jurídico específico que resalta su propia esencia en orden a los hechos, las pruebas y el Derecho (penal y procesal penal, preponderantemente), respecto a la pretensión de las partes acusadoras y la resistencia de las partes acusadas. Para lograr la aceptación del órgano jurisdiccional, las partes procesales elaboran una construcción teórica, que se denomina “teoría del caso” o “estrategia procesal”, en tres niveles: fáctico y probatorio y jurídico. Las partes plantean hechos jurídico penalmente relevantes –introducen un relato determinado– que ha de reconstruirse desde el material probatorio que se pueda aportar – en cuya formación están especialmente interesadas– y en función a un manejo dogmático de los preceptos legales pertinentes. Se expresan en el alegato inicial y en el alegato final –que son las partes más importantes de su tarea estratégica–; y, conforme a nuestro ordenamiento, su propósito es demostrar o verificar la realidad de las afirmaciones que se plantearon. Son exposiciones argumentativas y deben contener las apreciaciones sobre los hechos y el material probatorio, que

concluirán –en el caso del alegato de clausura– una petición condenatoria, una petición absolutoria o una petición de respuesta punitiva y civil equivalente o menos intensa, según los casos.

El extremo más importante de la intervención de las partes procesales se da en los alegatos –de apertura o preliminares y, con mayor entidad o relevancia, finales o conclusivos–, pero también esta intervención tiene lugar cuando se realiza el examen o el contra examen directo a los órganos de prueba, se da cuenta del mérito de la prueba documental y documentada y se presentan objeciones. En el interrogatorio a los órganos de prueba se busca obtener determinadas informaciones que permitan al fiscal o al defensor dotar de consistencia al relato que sostuvo o a parte del mismo –se llama interrogatorio directo al que formula quien ofreció al órgano de prueba, radicado en obtener elementos que sustenten sus pretensiones, y contrainterrogatorio al que realiza contraparte, radicado en la desacreditación del testimonio o de la explicación (pericial, en este caso)–. Las objeciones, apunta BAYTELMAN, son los cuestionamientos que las partes procesales hacen durante el desarrollo del juicio por alguna intervención, el tipo de preguntas o la actividad de la contraparte que afecta su posición procesal o el desarrollo del juicio oral. Son, dogmáticamente, incidentes que al presentarse en el contexto del juicio tienen un formato más desformalizado, pues están regidos simplemente por la lógica del debate. Es particularmente relevante, aunque no su único campo, las objeciones en orden al tipo de preguntas objetables o inadmisibles, conforme al artículo 378.4 del CPP (en rigor, se considera que existen ocho tipos de preguntas prohibidas).

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL JUICIO ORAL

1. Definición

El régimen jurídico del juicio oral es una noción del procedimiento principal vista estáticamente. Está referido, como tal, al conjunto de disposiciones legales que regulan el enjuiciamiento. Establece la actuación de los participantes procesales (juez y colaboradores, partes procesales y órganos de prueba) para garantizar el cumplimiento de los roles y derechos al que se someten y del que gozan los que intervienen en él. Define un estado de legalidad, que se sustenta en la legalidad procesal penal, en cuya virtud todo el ejercicio de un poder público, como es el Poder Judicial, debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción, no a la voluntad de las personas, lo que asegura el valor seguridad jurídica. Como se sabe, el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho público.

Siete son las instituciones inherentes al régimen jurídico del procedimiento principal. Son: (1) publicidad, (2) concentración y continuidad, (3) concurrencia de los sujetos procesales, (4) incidente (5) disciplinario, (6) dirección y auxilio, y (7) documentación.

2. Análisis de los regímenes del procedimiento principal

2.1. Régimen de la publicidad

El juicio se realiza en audiencias a las que tiene acceso el público y los medios de comunicación social, instancia que asegura el contralor del mismo en todos y cada uno de sus actos. Las garantías o condiciones apropiadas para el acceso del público y prensa deben ser proporcionadas por el Tribunal. La gente ingresará desarmada, y no podrán hacerlo los menores de 12 años, ebrios, drogados o anormales psíquicos graves. Rige el artículo 357 CPP. El principio de oralidad, pues, significa que podrán conocer del proceso personas que no son parte del mismo [CALDERÓN/ CHOCLÁN].

Este carácter del juicio, empero, no es absoluto. Puede declinarse si concurren otros intereses jurídicos constitucionalmente relevantes, cuya solución está en función al principio de proporcionalidad (artículo 357 CPP). Las exigencias para hacerlo son legalidad, judicialidad y restricción total o parcial, según la entidad del motivo invocado. Se requiere, por tanto, auto motivado para determinar la privacidad del juicio, total o parcialmente. Son cuatro las causales legalmente previstas para la restricción de la publicidad: **a)** afectación directa del pudor, intimidad o integridad física de un participante procesal, como puede ser el caso de un menor de edad (la STEDH, de 16-12-99, estipuló que tratándose de niños debe llevarse el juicio de forma que se redujera en la medida de lo posible la intimidación y la inhibición del interesado, por lo que no se vulnera el principio de publicidad por las medidas que restringen la publicidad a favor del menor); **b)** afectación grave del orden público o la seguridad nacional (las SSTEDH Campell y Fell de 28-08-84 y Doorson de 26-03-96, admitieron, de un lado, la celebración a puerta cerrada de presos terroristas en función al riesgo de grave alteración del orden público; y, de otro, en la toma de declaración de testigos en habitación contigua a sala de audiencias, sin ser vistos pero sí oídos por el acusado y su defensa); **c)** afectación de los intereses de la justicia (secretos particulares, comerciales o industriales, o manifestación de público que turben el desarrollo del juicio); y **d)** previsión en una norma expresa. Una excepción absoluta al secreto

del juicio se refiere al juzgamiento de funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a los derechos fundamentales de las personas (artículo 357.4 CPP).

Otras medidas intermedias que el tribunal, discrecionalmente, puede utilizar son: (i) prohibición de acceso y mandato de salida de determinadas personas por afectación del orden o decoro del juicio; (ii) reducción, por disciplina, del acceso del público; y (iii) prohibición del acceso de cámaras y otras si perjudican los intereses de la justicia y, en especial, el derecho de las partes.

El tribunal, discrecionalmente, podrá imponer a los participantes procesales el deber de guardar secreto de lo sucedido en el juicio. Si desaparece la causa debe reintegrarse la publicidad y cesar el secreto.

La sentencia, a diferencia de las actuaciones del juicio, está sometida y solo procede cuando está de por medio el interés de menores de edad (artículo 357°.5 CPP).

2.2. Régimen de la concentración

Abierto el juicio oral, éste es continuo y no puede suspenderse en su trámite. La audiencia es única y puede dividirse en sesiones sucesivas –el juicio es uno solo desde que empieza hasta que termina–. Los actos procesales del juicio deben cumplirse en el tiempo y número estrictamente necesarios de acuerdo a las exigencias del caso concreto –la razón de ser de este principio es psicológico: pervivencia de la memoria–.

La regla es que si el tiempo, propio de la audiencia oral, de su régimen común, no es suficiente para su finalización, pueden mediar recesos ordinarios, que no se espaciarán entre sí veinticuatro o cuarenta y ocho horas –la sesión siguiente ha de tener lugar el día siguiente o subsiguiente del funcionamiento ordinario del Juzgado hasta su conclusión: sesiones continuas e ininterrumpidas– (artículos 356.2 y 360.1 del CPP).

La suspensión del juicio oral (artículo 360.2 del CPP), por su naturaleza excepcional, está sometida a tres causales específicas:

- A. Enfermedad de los sujetos procesales.
- B. Fuerza mayor o caso fortuito. Son todos aquellos acontecimientos, que pueden ser actos naturales (*Act of God*: hechos de Dios), o actos de terceros o de la autoridad (*Act of Prince*: hechos del Príncipe), como recordara OSTERLING, de carácter (i) extraordinarios (fuera de lo ordinario o común), (ii) imprevisibles (excede la aptitud normal de previsión del sujeto procesal

en la ejecución del juicio y supere o vence su conducta diligente, y *(iii)* irresistibles (imposible de evitar por los sujetos procesales).

- C. Cuando el Código lo disponga. El CPP reconoce, por lo menos, siete supuestos. Son los siguientes: **1.** Enfermedad de un testigo importante radicado o que se encuentre en la misma localidad (artículo 360.4 del CPP). **2.** Expulsión del abogado defensor (artículo 364.2 del CPP). **3.** Planteamiento de la tesis (artículo 374.1 del FPP). **4.** Acusación complementaria (artículo 374.3 del CPP). **5.** Retiro de la acusación (artículo 387.4 del CPP). **6.** Deliberación y lectura de la sentencia: dos días más tres días en caso de enfermedad (artículos 392.1 y 396.1 del CPP). **7.** Lectura integral de la sentencia en casos complejos: ocho días (artículo 396.2 del CPP).

El plazo de la suspensión del juicio, en todos los casos, es de ocho días (artículo 360.3 del CPP). Desde la Ejecutoria Suprema de 14-01-1969 se estipuló que eran días hábiles, no cronológicos, criterio que asumió el citado artículo 360.3 del CPP, distanciándose del criterio general fijado en los artículos 142.2 y 143.3 del CPP –solo se computan los días inhábiles para las medidas coercitivas que afectan la libertad personal y cuando la ley lo determina–. Se define como la paralización o el detenimiento momentáneo de la actividad procesal del juicio oral cuando se presentan razones legalmente establecidas, que al superarse el juicio continúa con su tramitación; por tanto, resultan válidos los actos procesales cumplidos antes de la paralización y los procesales cumplidos con posterioridad a la misma: se suman los dos momentos y se hace un todo [MIXAN].

La interrupción, que coloquialmente se conoce como “quiebra”, se produce cuando transcurre ese plazo de ocho días. En estos casos aquella parte de la audiencia realizada se anula, y, por lo tanto, hay necesidad de reiniciar el juicio oral: hay que empezar de nuevo, porque todo lo que se hizo hasta el instante en que sobrevino la causal de interrupción vuelve a fojas cero [MIXÁN].

Entre las sesiones o durante el plazo de suspensión, no pueden realizarse otros juicios, siempre que las características de la nueva causa lo permiten –que en ese lapso de tiempo puede iniciarse y culminarse el juicio en cuestión–.

La rigurosidad de la anulación –o que se deje sin efecto las actuaciones del juicio oral al transcurrir más de ocho días hábiles– ha sido relativizada por reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en estos casos, no se está ante una causal de nulidad absoluta, sino relativa [CLARIÁ Y D’ALBORA], y que, en todo caso, debe acreditarse que el tiempo transcurrido desnaturalizó el procedimiento y afectó de

modo insubsanable el recuerdo de lo actuado y deformó la realidad vivida. Por consiguiente, dependerá, caso por caso, establecer si el transcurso del tiempo, en esa medida, afectó irremediablemente la corrección del debate –así se pronunció la Corte Suprema en la Sentencia Casatoria 2872-2022/San Martín, de 21-07-2023–. Recuérdese que en los tiempos presentes el recurso a la filmación del debate permite, en muchos casos, evitar la pérdida del recuerdo de modo insuperable. En todo caso, no es lo mismo las pruebas personales, en los que la intermediación es trascendental, que las pruebas documentales y documentadas; y, además, el artículo 360 del CPP tiene relación el principio procedimental de concentración y carece por sí mismo del rango de un derecho fundamental (STSE de 29-03-1999).

2.3. Régimen de la concurrencia de los sujetos procesales.

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 intermediación.

Respecto de los jueces colegiados, el apdo. 2 del artículo 359 CPP prevé una excepción. Si bien establece que las vacaciones, licencia, jubilación no les impiden participar en la deliberación y votación, cuando se advierte que no pueden concurrir a la audiencia o que ha surgido un impedimento, solo uno de ellos puede ser reemplazado. Se entiende que tal reemplazo debe ocurrir cuando el juicio se encuentra en el periodo probatorio.

El artículo 149 de la LOPJ, por su parte, estatuye que es obligatorio suscribir los votos en las causas vistas, aún en caso de impedimento, traslado, licencia, vacaciones, cese o promoción (criterios más amplios); y, el artículo 142 de la LOPJ dispone que la resolución se firma el mismo día de la vista de la causa, salvo que quede al voto o se produzca discordia, de lo cual da fe el secretario. La intervención efectiva de los jueces en el curso del juicio oral es una de las notas características de la identidad física del juzgador.

La intermediación, por otro lado, permite, en la formación de la prueba personal, obtener la totalidad o la más relevante información de los órganos de prueba, es decir, garantiza una información de calidad. Es de entender que la transcripción en un acta de sus respuestas es siempre resumida y no incorporan los

matices que son propios del órgano de prueba, además están siempre mediatizadas por el que interroga y no son contrastables. La oralidad, de otro lado, es un correlato de este principio, en cuya virtud la comunicación de los participantes procesales se hace por la palabrea hablada, con las excepciones vinculadas a la prueba material, documental, documentada y a los actos previos al periodo probatorio y de alegaciones finales. Todo ello explica por qué en caso de prueba personal se exija la presencia del órgano de prueba en la audiencia y que se someta a contradictorio en ese acto en presencia del juez decisor y las partes procesales.

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 a la audiencia genera: **1.** El reemplazo del letrado si la audiencia es inaplazable. **2.** Una sanción de conformidad con el artículo 292 de la LOPJ, si injustificadamente no asiste a una diligencia o abandona una diligencia en desarrollo (conforme al artículo 85.1 y 3 CPP).

El acusado tiene una obligación limitada de asistencia al acto oral, conforme prescribe el artículo 359.4 CPP. La presencia del imputado es obligatoria o indispensable para la instalación del juicio, para cumplir con el acto de intimación y declaración sobre los hechos –puede, eso sí, invocar su derecho al silencio–, y para la realización de un acto procesal concreto cuya presencia es indispensable, tales como reconocimientos, careos, ampliación de la acusación –lo que se justifica como consolidación del contradictorio–. La Ley solo exige que durante el debate el imputado esté a disposición del tribunal –lo que debe cuidar en todo momento, al punto de autorizar su conducción compulsiva–, sin que sea necesaria su presencia física en la sala de audiencias –puede dejar de asistir a las mismas por propia voluntad con comunicación previa al tribunal en tanto que rige como regla general el principio de presencia ininterrumpida–, en cuyo caso la labor representativa del defensor adquiere total vigencia.

2.4. Régimen de los incidentes

La concentración y unidad del debate exige que el acto oral se circunscriba al juicio de culpabilidad. La etapa intermedia permitió el saneamiento procesal y resolvió todo cuestionamiento al derecho de acusar y a la competencia del tribunal

de juicio. No obstante ello, siempre es posible que surjan incidentes en el juicio respecto a la actuación de determinadas pruebas o algún suceso que marque su desarrollo. En estos casos, el artículo 362 CPP exige que se traten en un solo acto y que se resuelvan inmediatamente, sin perjuicio de su discusión contradictoria –el Tribunal fijará el ámbito y tiempo de discusión–. Las resoluciones interlocutorias que recaigan no son recurribles, salvo las expresamente previstas por la ley.

Empero, el artículo 393.3a CPP permite que en la sentencia se resuelva una cuestión incidental que se haya diferido para este momento. Se trata de una posibilidad excepcionalísima, pues la regla es su resolución inmediata.

2.5. Régimen disciplinario

Expresa el poder de policía de estrados y disciplinaria del Tribunal sobre todos los que asistan al acto oral: partes procesales, otros participantes procesales y público asistente. Todos ellos están sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Tribunal, así lo dispone el artículo 364 CPP. Este poder es el que controla la obligación que tienen todos los que asisten al acto oral de permanecer respetuosamente y en silencio, y de cumplir las directivas que se dictan –están prohibidas muestras de aprobación o desaprobación–. Los asistentes no pueden llevar armamento u otras cosas aptas para molestar y ofender, ni adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al orden y decoro debidos ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

La infracción de estas obligaciones autoriza al tribunal a expulsar al perturbador e incluso mandar detener hasta por 24 horas a quien amenace o 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 apercibirse, 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 informarse de lo esencial de lo ocurrido en su ausencia, además se le permitirá pronunciarse al respecto.

Una obligación específica del imputado se produce durante la estación de autodefensa o derecho a la última palabra. Debe ceñirse al tiempo acordado, de lo contrario se le apercibirá de quitársele el uso de la palabra e, incluso, de

expulsarlo de la Sala de Audiencias. La lectura de sentencia puede producirse sin su presencia.

Si durante el juicio se comete un delito público, el tribunal ordenará la confección un acta específica y ordenará la detención del presunto culpable, poniéndole inmediatamente a disposición del fiscal adjuntando los antecedentes que correspondan (artículo 365 CPP).

2.6. Régimen de dirección, poder discrecional y auxilio jurisdiccional en el juicio

2.6.1. Poder de dirección

La dirección formal del juicio corresponde al tribunal. Dentro de él, al presidente y, en su caso, al director de debates: artículo 363 CPP. La dirección del juicio implica conducir su desarrollo, ordenar las lecturas necesarias, hacer las advertencias o apercibimientos legales, recibir juramento y declaraciones, moderar la discusión impidiendo preguntas inadmisibles (artículo 376.3 CPP), limitar el tiempo de duración de las intervenciones o interrumpirlas cuando se presenta abuso en su ejercicio. La dirección importa, en todo momento, garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa, sin coactarlas irrazonablemente. Esto no importa el menoscabo del sistema acusatorio, desde que el juez o el director de debate no tiene el poder de direccionar la persecución penal ni de incorporar oficiosamente como regla general elemento probatorio alguno, como tampoco de intervenir en la obtención de información con relación a las pruebas que deban producirse [ROXIN].

La dirección material del debate es aquella que se dirige a la mejor formación de la convicción del Tribunal: determinar el orden de la práctica de pruebas (artículo 375.2 CPP), disponer el examen separado de los imputados (artículo 377.2 CPP), formular excepcionalmente preguntas a testigos y peritos (artículo 375.4 CPP), invitar a testigos o peritos que esclarezcan posibles contradicciones (artículo 378.6 CPP).

2.6.2. Poder discrecional

Es una potestad inherente al tribunal. Permite resolver cuestiones no regladas que se presenten en el curso del juicio, necesarias para su continuación. Las reglas que corresponde dictar deben respetar, desde luego, las garantías y principios que rigen el ordenamiento procesal penal. Frente a un conflicto de derechos debe utilizar ponderadamente el test de proporcionalidad. Una regla

será, por ejemplo, amparar los derechos de los presentes en el juicio: que puedan comparecer libre de perturbaciones externas que derivan de una conducta improcedente durante el juicio; otra será, asimismo, preservar su dignidad estableciendo medidas para contrarrestar en su caso la estigmatización que puede derivarse de su asistencia al juicio.

2.6.3. Auxilio jurisdiccional

Cuatro grandes tareas le corresponden al auxiliar jurisdiccional (puede ser el secretario, el relator o un funcionario que compendie ambas funciones de auxilio). Son: **A.** Adoptar las acciones para la realización de las notificaciones y la puesta a disposición en la Sala de Audiencias de los objetos y documentos ordenados para la vista. **B.** Coordinar la asistencia de las partes y la comparencia de los demás participantes procesales. **C.** Dar la fe pública judicial. **D.** Tener a su cargo la documentación de las actuaciones y el control de los medios técnicos de reproducción y archivo.

2.7. Régimen de documentación del juicio

2.7.1. Registro de actuaciones

La palabra hablada es el modo de comunicación absolutamente predominante en el procedimiento principal. La actuación probatoria y toda argumentación, petición o cuestión propuesta en audiencia se argumenta oralmente –no se puede dar lectura a escritos–, salvo los que no pueden hablar o no conocen el castellano, a menos que lo hagan por intérprete. La audiencia en su conjunto, empero, se documenta en acta: debe quedar constancia formal de las actuaciones del juicio.

El artículo 361.1 y 2 del CPP hace mención a un acta escrita convencional y a un registro audiovisual del juicio –lo uno no elimina lo otro (artículo 120.3 del CPP)–. Ambos (acta y registro en audio o en audio y video) –que por el momento se concreta en un Disco Compacto o CD– demostrarán el modo cómo se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que intervinieron y los actos que se realizaron. El artículo 120 del CPP orienta, para la confección de las actas, la utilización de los medios técnicos correspondientes (hoy en día existe la denominada “acta electrónica”, no aplicada en nuestro país, que registra automáticamente todo lo ocurrido), pero, como mínimo, el acta deberá contener la identificación de la causa, la fecha –hora, día, mes y año–, lugar de ocurrencia de la audiencia, tiempo de duración de la misma, las personas que han

intervenido o los asistentes al juicio, sus peticiones y propuestas, y una relación sucinta de los actos realizados, con la extensión y detalles necesarios –en especial el texto de las resoluciones orales emitidas –en especial su motivación y parte resolutive– (artículo 361.4 del CPP) y todo aquello que no pueda constar en el soporte audiovisual [MONTÓN]–. Toda disposición especial que ocurra en el curso del procedimiento principal debe hacerse constar en el acta.

La trascendencia del acta y del registro (artículo 361.2 del CPP) se manifiesta en un doble campo. Por una parte, y a pesar de la necesaria intermediación del juez con los medios de prueba practicados, refleja sus resultados e incidencias y la concurrencia de la suficiente actividad probatoria, en su caso, para desvirtuar la presunción de inocencia y justificar una condena. Por otra, la constancia de lo actuado la convierte en elemento suficiente para servir de base a un recurso procesal, por quebrantamiento de forma, al deber recoger los datos y circunstancias para que, sobre ella, pueda estimarse la concurrencia de alguna de las infracciones que lo justificarían [MONTÓN].

2.7.2. 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.

2.7.3. Resoluciones dictadas en la audiencia

La oralidad también está vinculada a los decretos y resoluciones interlocutorias o autos dictados en el curso de la audiencia. Por tanto, se dictarán y fundamentarán verbalmente, debiendo constar su registro en el acta. Su registro implica incorporar integralmente la decisión, y debe cumplir con los requisitos del artículo 123.1 CPP.

III. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL

1. Estructura del juicio oral

El juicio oral se desenvuelve animado por la unidad de fin representada por la obtención de una sentencia con autoridad de cosa juzgada. Ello, sin embargo, no es obstáculo para que, en atención a fines o metas, acaso más que secundarios, intermedios, se pueda fraccionar aquél en períodos [ALCALA-ZAMO-

RA]. Según nuestro CPP, el juicio oral tiene una estructura legalmente definida: una distribución y orden de las partes que integran todo el juicio oral, cuya colocación y relación entre sí permiten el funcionamiento de la audiencia. Ya se indicó que el juicio oral es una actividad procesal compleja y unitaria. Impone un orden sucesivo o una secuencia de actos procesales, inmodificable en sus rasgos esenciales.

Es posible dividir estructuralmente el juicio oral, bajo la metodología instaurada años atrás por GRAF ZU DOHNA, y en un sentido más estricto, admitida la división del proceso en tres etapas o procedimientos (investigación preparatoria, intermedio y enjuiciamiento), en tres períodos: inicial, probatorio y decisorio.

- A. Período inicial, que consta de los pasos preparatorios o preliminares del juicio, de los actos de iniciación, de la posible conformidad y de la presentación excepcional de nueva prueba (artículos 367-374 CPP).
- B. Período probatorio, que se refiere a la actuación de los medios de prueba (artículos 375-385 CPP).
- C. Período decisorio, que consta de dos grandes pasos, los alegatos finales y la deliberación y sentencia (artículos 386-403 CPP).

2. El período inicial

Consta de seis actuaciones: actos preparatorios, actos de instalación y apertura, alegatos de apertura, actos de asistencia judicial, conformidad y ofrecimiento de prueba.

2.1. Actos preparatorios o preliminares del juicio

Los artículos 367-370 CPP regulan los actos previos, imprescindibles, que condicionan la realización del juicio. El primer problema que se afronta es el de la presencia del imputado. En primer lugar, se ratifica la necesidad de su presencia con su defensor, y la exigencia de su debida citación bajo apercibimiento de su declaración de contumacia; no hace falta una segunda citación. La ausencia del acusado impide la celebración del juicio, obliga a la declaración de contumacia y al señalamiento de nueva fecha para la audiencia.

En caso de pluralidad de acusados, si alguno de ellos no concurre, el acto oral continúa. En este supuesto, el inasistente puede incorporarse al juicio

—siempre antes que concluya el periodo probatorio—, oportunidad en que se le hará saber los cargos —es el acto de intimación— y se le informará de lo ocurrido en su ausencia, a la vez que se le dará la oportunidad de declarar y de pronunciarse sobre las actuaciones del juicio, actuándose a su vez las pruebas compatibles con el estado del juicio.

El lugar del juicio es la Sala de Audiencias, así designado por el tribunal. Si el acusado está enfermo, excepcionalmente, puede realizarse la audiencia donde se encuentre, siempre que sea posible hacerlo según las condiciones del lugar y su estado de salud. La Sala de Audiencias puede encontrarse en un lugar adyacente a un establecimiento penal, en tanto en cuanto se asegure la publicidad y las condiciones materiales para su realización.

2.2. Actos de instalación y apertura del juicio

El primer paso será constatar la presencia del tribunal en pleno y de las partes. Se debe advertir, previamente, la correcta citación a las partes y órganos de prueba. La inasistencia de las partes contingentes (actor civil, responsable civil, persona jurídica) no impide la instalación de la audiencia, quienes deben ser citados para su efectiva concurrencia. Sobre esas premisas se instala la audiencia. Esta audiencia es inaplazable (artículo 355.6 CPP).

El artículo 370 CPP establece la ubicación de las partes y la sede de los testigos y peritos. A continuación, una vez declarada la instalación de la audiencia, el tribunal identifica la causa-objeto del juicio.

2.3. Alegatos preliminares o de apertura

Inicia la ronda de intervenciones el fiscal, quien expondrá resumidamente los hechos acusados, la calificación jurídica, y las pruebas ofrecidas y admitidas. Acto seguido, les corresponde a los abogados del actor civil y del tercero civil, quienes expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, sigue la defensa del acusado, quien expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas. La finalidad de estos alegatos es introducir al tribunal y al público en los objetivos fundamentales que perseguirá la parte procesal concernida durante el juicio. También sirve para hacerse cargo de las alegaciones de la contraparte y para esbozar las cuestiones jurídicas que son relevantes para la resolución del caso.

2.4. Actos del deber judicial de instrucción

El tribunal debe informar o instruir directamente al acusado sus derechos y, en especial, de la libertad de declarar o no hacerlo. También le debe informar, no obstante lo anterior, que está autorizado a ser oído para aclarar, ampliar, complementar o declarar si antes se abstuvo. De igual manera, se le informará del derecho de poder comunicarse en todo momento con su abogado, sin que esa posibilidad paralice el juicio.

2.5. Conformidad

El período inicial del juicio oral se centra, básicamente, en fijar los marcos del debate: concreción de las pretensiones y resistencia, y definición última del material probatorio. El CPP receptó la institución hispana de la conformidad procesal, pero le dio un contenido más amplio, sin perjuicio de posibilitar la cesura del juicio. Este instituto somete al poder dispositivo de las personas acusadas, junto con sus defensores, la formación de la base de la sentencia, que no es lo que resulta de las pruebas contradictoriamente practicadas y de los informes de los defensores de las partes, sino lo que la voluntad de todos aquéllos determine [PRIETO CASTRO]. Consolidó de este modo que no hay juicio sin contradicción o posiciones duales (principio de dualidad). Si los cargos se aceptan, es posible la emisión de una sentencia conformada. Ahora bien, como la presunción de inocencia es irrenunciable y la potestad jurisdiccional no puede limitarse irrazonablemente, deben cumplirse ambas garantías para la legitimidad constitucional de la conformidad procesal.

La conformidad procesal supone una aplicación del principio de oportunidad –más concretamente, del principio del consenso–, en virtud del cual se pone fin anticipadamente al proceso mediante la aceptación del acusado con la anuencia del abogado (existencia de doble garantía). El artículo 372.2 del CPP incluso importa la aplicación del principio del consenso –el acuerdo del fiscal, del acusado y de su defensa, para lo cual se autoriza incluso la suspensión del juicio para concretar una negociación–. La conformidad obedece al simple hecho de finalizar el proceso anticipadamente, cuando la aceptación del acusado con la posición del Ministerio Público pone de manifiesto la falta de necesidad de practicar prueba. Es un acto de parte, cuya voluntad debe manifestarse libremente, si bien sujeta a determinadas formalidades, aunque no a condiciones y con la doble garantía de la anuencia del acusado y su defensor [ARMENTA]. Objetivamente no está sujeta a determinados delitos y su extensión es la que establece La acusación fiscal; y,

subjetivamente, si fueran varios imputados se entenderá con quienes la acepten. Un beneficio premial ha sido reconocido implícitamente por el legislador, luego que el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, de 18-07-2008, estipuló la necesidad del mismo hasta en un séptimo de la pena final. Empero, la Ley 30962, de 18-06-2019, al modificar el artículo 372.2 del CPP, estableció que la reducción de la pena no procede en el artículo 108-B y en los delitos previstos en el Libro Segundo, Título IV, Capítulo I (violación de la libertad personal): artículos 153 al 153-J, Capítulo IX (violación de la libertad sexual), Capítulo X (proxenetismo) y Capítulo XI (ofensas contra el pudor).

La conformidad ha de ser (*i*) absoluta, no sometida a condición, plazo o limitación de cosa alguna, sin perjuicio de cuestionar la consecuencia jurídica: cuantía de la pena y de la reparación civil; (*ii*) personalísima, dimanante de los propios acusados o ratificada por ellos y no por medio de mandatario, representante o intermediario; (*iii*) voluntaria, es decir, consciente y libre, plenamente informada y con intervención judicial; (*iv*) formal, debe reunir las solemnidades requeridas por la ley con aceptación del cuadro de hechos incorporados por la Fiscalía en la acusación, solemnidades que son de estricta observancia e insubsanables; y, (*v*) vinculante, tanto para el acusado como para el fiscal (STSE de 07-11-1990).

Desde la perspectiva de la intervención judicial, en el primer nivel corresponde al juez decisor lo siguiente. **Primero**, determinar si la aceptación es voluntaria, libre e informada de los cargos, siempre de común acuerdo entre imputado y defensor, de suerte que cualquier duda sobre esta voluntariedad determinará la continuación del juicio. **Segundo**, establecer que el imputado acepta íntegramente los cargos desde el respeto de los términos de la acusación escrita; ha de incluir, desde luego, el concurso de otras personas en los hechos, tal como el fiscal lo narró —el imputado no solo debe referirse a su concreta intervención en los hechos, sino aceptar el contexto de los hechos y de las personas involucradas—. **Tercero**, advertir la corrección del juicio de tipicidad, estricto y amplio (grado de ejecución delictiva, intervención delictiva y concurrencia de circunstancias de agravación o de atenuación y, en su caso, causales de agravación o disminución de punibilidad, así como de la legalidad estricta de las sanciones penales y consecuencia accesorias). **Cuarto**, concluir que no haya motivo alguno, siempre patente o evidente, de ausencia de elementos investigativos, es decir, de cargos que merecerían un esclarecimiento a través del enjuiciamiento. **Quinto**, como es posible la cesura del debate cuando se trata de conformidad parcial: aceptación de las responsabilidades penal y civil, pero impugnación de la cuantía (clase y entidad) de la pena y el monto de la reparación civil, ha de definir la

actuación de la prueba ya admitida, vinculada exclusivamente a estos ámbitos, claro está siempre que así lo pidan las partes.

En el **segundo nivel** incumbe al juez ejercer plenamente sus potestades jurisdiccionales para la determinación de la pena y de la reparación civil –en aras de un tratamiento penal suficientemente individualizado–. Se parte de dos límites:

1. Por ningún motivo puede imponerse una pena superior a la pedida por el fiscal, pues éste es el incentivo, estructuralmente inducido, para acogerse a este instituto.
2. No pueden incorporarse circunstancias no incluidas en la acusación –el juez no puede incluir circunstancias atenuantes ni eximentes, completas o incompletas, u otras causas de disminución de la punibilidad, pues sería introducir hechos no debatidos, quedando indefensa la acusación (STSE de 21-11-1988), aunque si éstas son evidentes y fluyen de datos inconcusos, que incluso suponen datos no advertidos por la Fiscalía o que siéndolo no le dio el alcance jurídico correspondiente, claro y rotundo, no habría problema alguno en su aplicación, desde que no se produciría indefensión material. No es factible castigar al imputado conformado con una pena ilegal o patentemente irrazonable o desproporcionada. Para ello ha de partirse de lo que estatuye la Constitución, en cuya virtud el grado de culpabilidad es prevaleciente a la gravedad objetiva del delito, con claro desaliento a preocupaciones de prevención general, de modo que ha de imponerse una pena idónea en el tipo y en la extensión necesaria para favorecer la resocialización del acusado, sin extenderse más allá de la medida de la culpabilidad [FIANDACA-MUSCO], sin perjuicio del beneficio premial correspondiente conforme al citado Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116. De igual manera, la tutela de la víctima exige tomar en cuenta las bases para la fijación de la reparación civil: el principio del daño causado –no se puede imponer una reparación civil inferior al daño ocasionado por la conducta cometida–.

2.6. Características de la conformidad

- A. Es un acto unilateral, pero estructuralmente inducido. Se trata de una renuncia explícita al juicio oral donde el fiscal, con una mínima actividad de investigación, solicita al juez de conocimiento la imposición de una pena sin que haya sido realizado el juicio íntegramente. Se entiende que no parte de manera exclusiva de la voluntad del investigado, sino que corresponde a un ofrecimiento de la Fiscalía que proyecta un acto de postulación para que sea avalado o rechazado por el juez [BERNAL].
- B. Suspende el juicio penal. La conformidad suspende el juicio, pues se estima suficiente proferir una sentencia condenatoria sobre la base de la declaración de conformidad del imputado.

- C. Acto que debe ser asesorado por el abogado defensor. A pesar de que la decisión le corresponde al imputado, las alegaciones sobre la culpabilidad deben ser analizadas por el abogado defensor, quien es la persona que puede realizar un pronóstico técnico sobre las consecuencias de la aceptación de cargos por parte del imputado.
- D. Requiere un control judicial. El tribunal debe analizar si se cumplen los presupuestos para la conformidad y verificar la congruencia entre la acusación y la sentencia.
- E. No admite retractación. Al tratarse la conformidad de un acto libre, voluntario y espontáneo que realiza el imputado la regla es la prohibición absoluta de retractación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta excepciones en cuanto puede presentarse un supuesto de claro vicio del consentimiento del imputado o cuando las pruebas que se han obtenido para demostrar la responsabilidad se determinan que son ilegales al vulnerar los derechos fundamentales del imputado.

La sentencia conformada puede ser impugnada para controlar los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para su validez, así como para que, en su caso, se cumplan en esta los términos del Acuerdo entre las partes [CALDERÓN/CHOCLÁN].

2.7. Actos de ofrecimiento de prueba

Dispuesta la continuación del juicio, es posible tanto el ofrecimiento de nueva prueba como la posibilidad de discutir prueba indebidamente rechazada en sede intermedia.

La admisión de prueba nueva, empero, está condicionada a aquellas pruebas que las partes recién conocieron con posterioridad a la audiencia preliminar de control de la acusación. Debe demostrarse y argumentarse sólidamente ese desconocimiento previo, pues sin él no cabe admitir la prueba. La prueba propuesta ha de ser lícita insustituible, fundamental en orden al *thema decidendi*: pertinencia material —y de posible realización pertinencia funcional—; además, debe ser necesario, esto es, la susceptibilidad de que el fallo hubiera podido ser otro mediante esa prueba.

La reiteración de prueba rechazada en sede intermedia es también posible. Para ello se requiere una especial argumentación de las partes. Se resuelve inmediatamente, previo traslado a las partes.

3. El periodo probatorio

3.1. Método de la actuación probatoria

Deben contemplarse tres aspectos:

- A. El periodo probatorio es el periodo principal del juicio y del proceso penal en su conjunto. En tanto el tribunal solo puede fallar respecto del material probatorio actuado en su presencia y según las reglas del juicio –rigen, primordialmente, los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio–, es imprescindible que la producción de la prueba tenga lugar bajo los principios procedimentales de intermediación, oralidad y publicidad, cuyo escenario único y propicio es la audiencia. Las reglas básicas están prescritas en el artículo 375 CPP.
- B. En función de las pruebas admitidas en la etapa intermedia y en el periodo anterior, el tribunal, oídas las partes, decide el orden de presentación de los órganos de prueba (acusados, testigos y peritos) y de los medios de prueba que deben actuarse. La Ley, sin embargo, define un orden básico de actuación de los medios de prueba: examen del acusado, declaración de testigos, examen de peritos, exhibición y debate de la prueba material, oralización de la prueba documental, realización de inspecciones oculares y/o reconstrucciones, y actuación de prueba adicional.
- C. Las partes realizan el interrogatorio directo a los órganos de prueba; es la técnica del *cross examination* o interrogatorio directo por las partes. La intervención del tribunal en la actividad probatoria se concreta a conducirla regularmente. Así, interviene para que las partes hagan los esclarecimientos correspondientes e interroga, excepcionalmente, ante un vacío en el aporte de información.

3.2. Declaración del acusado

Las reglas están previstas en los artículos 376-377 en concordancia con el artículo 88, CPP. Así:

- A. El acusado puede negarse a declarar total o parcialmente. Si procede de esa forma, pueden leerse y someterse a debate sus declaraciones ante el fiscal, que se harán en la estación de oralización correspondiente [apdo. 1].
- B. El acusado que acepta declarar será interrogado, primero, por el fiscal, luego por las demás partes acusadoras, a continuación, por los abogados del tercero civil y de los otros acusados, y por último, por su abogado

defensor. Las preguntas prohibidas serán rechazadas aún de oficio, sin perjuicio de las objeciones que formulen las partes.

Están descartados los interrogatorios que producen **(i)** influencia corporal –maltratos–; **(ii)** influencia psíquica directa –engaños, hipnosis, amenazas, promesas de una ventaja no prevista en la ley, tortura psicológica–; **(iii)** coacción ilegítima; y **(iv)** las medidas que afectan la memoria y la capacidad de comprensión (narcoanálisis, detector de mentiras).

Son prohibidas las preguntas **(i)** indirectas, **(ii)** oscuras –que carecen de claridad y confunden al declarante, son las preguntas ambiguas–, **(iii)** impertinentes –que no guarden relación con los hechos del debate o tema de prueba, siendo del caso aceptar las preguntas que buscan examinar la relación del acusado con la víctima y demás testigos–, **(iv)** inútiles –que no apuntan a esclarecimiento alguno referido a los hechos acusados–, **(v)** repetitivas –que insisten sobre un punto ya contestado y explicado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria–, **(vi)** capciosas –es una pregunta que esconde la afirmación o negación de un hecho o circunstancia decisivo, utiliza un ardid para engañar y tienden a confundir al declarante por su formulación artificiosa– y **(vii)** que contengan respuestas sugeridas –es una pregunta sugestiva, en tanto insinúa la contestación, de ordinario describiendo el hecho o circunstancia cuya afirmación o negación se pretende–.

- C. El ámbito y pasos de la declaración está prevista en el apdo. 2 y en el artículo 88 CPP. Presupone un aporte libre y oral de relatos, aclaraciones y explicaciones. Primero, declara sobre sus generales de ley. Segundo, expone libremente sobre el hecho atribuido. Tercero, interrogatorio por las partes, que incluye reconocimiento de documentos, personas, voces, sonidos y cosas.
- D. Los acusados declaran según el orden fijado por el tribunal, oídas las partes. De oficio o a pedido de parte puede examinarse separadamente a los acusados, alejando a los restantes de la Sala de Audiencia. Si esto último tiene lugar, a su culminación debe ponerse en conocimiento de los acusados las declaraciones vertidas, y darles la oportunidad de formular aclaraciones o rectificaciones sobre lo declarado por sus coimputados.

3.3. Declaración del testigo

Las reglas del interrogatorio son las mismas, en lo pertinente, que las del imputado. En Primer lugar, se produce el interrogatorio de identificación; luego,

se le exige juramento o promesa de decir la verdad; a continuación, expondrá sobre los temas objeto de su convocatoria, dando razón de su información; y, por último, será interrogado, primero, por quien lo ofreció y, luego, por las partes restantes. El testigo debe dar razón precisa de los hechos sobre los cuales declara. Asimismo, se debe distinguir entre los testigos oculares directos, que declaran sobre los hechos que han observado y los hallazgos encontrados, de los testigos de oídas, que son aquellos que no han presenciado el hecho pero han tenido información de este por terceras personas o por versión, por ejemplo, del imputado [CÉSAR SAN MARTÍN]. En garantía de la espontaneidad del testimonio, se prohíbe que los testigos, si son varios, puedan enterarse de lo ocurrido en la Sala de Audiencia ni podrán comunicarse entre sí. Una limitación existe cuando el testigo se niega a declarar, explicable por la primacía del principio de intermediación tratándose de prueba personal: no se puede leer su declaración sumarial, pues se conculcaría el derecho de defensa de los imputados expresados en la posibilidad de interrogar al testigo (Sentencia CIDH de 30-05-99, Caso CASTILLO PETRUZZI).

Están prohibidas las preguntas impertinentes –aquellas que no tengan relación con el tema debatido–, sugestivas –aquellas que se formulan de tal manera que inducen a dar una respuesta en determinado sentido, es decir la que sugieren la respuesta– o capciosas –aquellas que son engañosas, que tienden a confundir al testigo por su formulación artificiosa, para provocar una respuesta que daría en otro sentido si la pregunta hubiese sido formulada sin subterfugios–. No se puede presionar al testigo ni ofender su dignidad. Frente a preguntas prohibidas caben las objeciones y ante las decisiones del tribunal caben las reposiciones. Las preguntas sugestivas son admisibles en el contradictorio.

Cuando se trata de un testigo menor de 16 años de edad cabe una especialidad. El interrogatorio lo hace el tribunal y puede aceptarse el auxilio de un familiar y de un experto en psicología. No obstante, a pedido de parte, puede autorizarse el interrogatorio directo “si no perjudica su serenidad”. Otros testimonios especiales, tales como de mudos, sordos o sordomudos, que no hablen el castellano, enfermos, requieren pautas propias, fijadas en el artículo 171 CPP.

3.4. Examen del perito

Se inicia con una exposición del contenido y conclusiones del dictamen pericial; luego se le exhibirá para su reconocimiento; a continuación, explicarán las

operaciones periciales realizadas, dando razón de su conocimiento; y, por último, serán interrogados por las partes comenzando por quien propuso la prueba. Los peritos pueden consultar sus notas. Si existen contradicciones entre los peritos convocados, en especial entre el oficial y el de parte, se procederá al debate pericial para esclarecer los puntos objeto de discordia y, en su caso, lograr un consenso sobre el punto discrepante –el artículo 181.2 CPP estipula la obligatoriedad del debate pericial–. Por otro lado, el artículo 181.1 CPP prevé el supuesto de las pericias institucionales: el órgano que emite el dictamen pericial designará al perito que debe concurrir el juicio, no hace falta que concurra quien lo emitió, pues se entiende que quien lo hace es la institución.

3.5. Disposiciones comunes a testigos y peritos

El artículo 378, incs. 6, 8 y 10 CPP, prevé disposiciones comunes a testigos y peritos. **1.** En caso de que el testigo o perito no se acuerde de un hecho relevante, se puede leer el extremo de su declaración anterior o del dictamen para que haga memoria. **2.** De igual modo se procederá si se presenta una contradicción entre lo que expuso en el acto oral y lo que declaró o consignó en sede sumarial, para lo cual es procedente confrontarlos con sus propios dichos. **3.** Procede un interrogatorio complementario si nuevos datos así lo aconsejan. **4.** En caso de inconcurrencia por impedimento justificado, pueden ser examinados en donde se encuentren, pueden ser objeto de declaración o examen a distancia –videoconferencia– o actuación vía exhorto o por comisión, cuya acta será integral o por registro fílmico o audiográfico o videográfico.

3.6. Exhibición y debate de la prueba material

El conjunto de la prueba material: cuerpo del delito y vestigios materiales –materialidades como modo de expresión de un hecho punible–, luego de la prueba personal, y siempre que sea factible por su propia entidad, pueden ser exhibidos, examinados y debatidos por las partes. Es posible, incluso, que se presenten cuando declaren los acusados, testigos y peritos para su reconocimiento o que informe sobre ella.

Procesalmente cuerpo del delito comprende: **a)** *objetum sceleris*: persona o cosa objeto del delito (cadáver o droga); **b)** *instrumentum sceleris*: instrumentos del delito (arma empleada, útiles para el robo, vehículo para transporte); **c)** *productum sceleris*: productos o beneficios del delito, comprende los objetos producidos por el delito, como la moneda falsa, y la ventaja patrimonial derivada del delito, como

el precio del cohecho, la contraprestación recibida por el transporte de droga). Piezas de Convicción es un concepto más amplio: son aquellos elementos que dejen constancia de la realidad de un hecho punible, y que por ello es auxiliar la función investigadora (armas, instrumentos, huellas dactilares, manchas de sangre, ropas, cabellos, etc.) [CALDERÓN/CHOCLÁN].

3.7. Prueba documental

Debe distinguirse la prueba documental en estricto sentido, de la prueba documentada. La primera, es toda representación realizada por cualquier medio –escrito, hablado, visionado, etcétera: artículo 185 CPP–, de la realidad y que preexiste al proceso y es independiente de él, de manera que se aporta al mismo, según señala el artículo 184 CPP, con fines esencialmente probatorios (ASENCIO) –es único y no se puede cambiar y, lo que es más importante, no cambia de contenido por el transcurso del tiempo [Moreno]–; requiere, en su caso, del reconocimiento por su otorgante, conforme al artículo 186 CPP, salvo el informe de la diligencia de inspección o revisión ante su cuestionamiento de falsedad u ocultamiento de datos, según el artículo 188 CPP. La segunda comprende las actas que contienen tanto la prueba preconstituida –actas de constancia– como la prueba anticipada y, excepcionalmente, actos de investigación sometidos a confrontación por razones de irrepetibilidad y urgencia [GIMENO].

Si bien su apreciación se hace por la observación directa del juzgador, su práctica requiere de reproducción a través de su lectura, audición o visionado, según la clase de documento de que se trate. A esto último en el CPP se denomina “oralización”.

El artículo 383 CPP permite la lectura limitada de los documentos, pero confunde documento *stricto sensu* de actuación documentada. Así, son prueba documental estricta: denuncias, documentos, informes, certificaciones y constataciones. Las demás constituyen prueba documentada (acta de prueba anticipada y prueba preconstituida: diligencias objetivas e irreproducibles del fiscal o la policía, declaraciones prestadas mediante exhorto, declaraciones y examen que devengan en imprevisibles).

La práctica de la oralización se hace por el sistema de listas. Se inicia con los propuestos por la Fiscalía, sigue el actor civil y el tercero civil, y culmina con la del acusado. Se debe individualizar el documento y destacar oralmente su significado probatorio útil. La lectura o grabación, si son extensos, puede ser objeto de prescindencia o, en todo caso, de su lectura o reproducción parcial. Culminada

la exposición de cada parte, se concederá la palabra a las copartes y contrapartes para exponer contradictoriamente las explicaciones, aclaraciones, refutación o pronunciamiento sobre su contenido.

3.8. Prueba adicional

El artículo 385 CPP autoriza, de un lado, la actuación de las pruebas de inspección ocular y reconstrucción; y, de otro, de pruebas adicionales, incluso de oficio, según el resultado del debate. Así:

- A.** Es posible, en caso no se han realizado las diligencias de inspección ocular y reconstrucción o estas resultaren manifiestamente insuficientes, disponer su actuación en el acto oral, luego de la oralización de la prueba. Se trata de una prueba excepcional pues son pruebas típicas y propias de los primeros momentos de la investigación: la alteración de la escena del delito y el tiempo transcurrido borra las huellas y vestigios materiales de su comisión. En todo caso podrán denegarse si el tribunal dispone de elementos suficientes para formar su juicio cognitivo, al resultar innecesarios y superfluos, y dichos elementos aparecen inconcusos de las pruebas practicadas. La inspección ocular resulta inútil luego de un tiempo razonable de la conclusión de la investigación, pues no cabe recoger huellas o vestigios que pongan de relieve que la comisión de los hechos se realizó en forma diferente a la acreditada en autos (STSE de 0201-84).
- B.** Frente a la manifiesta necesidad y utilidad de nuevos medios de prueba, como consecuencia de las actuaciones del juicio oral, el CPP autoriza el ofrecimiento de prueba adicional, tanto por las partes cuanto por el juez (por ejemplo, prueba nueva o prueba sobre la prueba: falta de veracidad, integridad o autenticidad de alguna prueba actuada—que surge de lo actuado o que se conozca en el curso de la actuación probatoria o a su conclusión inmediata—). En este último caso, de prueba de oficio, su excepcionalidad se destaca en el hecho que el tribunal “cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”. La decisión adoptada por el Tribunal a este respecto, de prueba adicional, es irrecurrible.

4. El periodo decisorio I. Alegatos finales

Culminada la actuación probatoria, esencia del juicio oral, sigue el periodo final, que consta de dos grandes subfases: alegatos finales, de un lado, y deliberación y sentencia, de otro.

4.1. Reglas generales. Posición de las partes

Tras la realización de la prueba, las partes, por su orden, expondrán oral y razonadamente sobre el resultado probatorio según su punto de vista; al final de su exposición fijarán sus conclusiones de modo concreto. Ello significa que establecerán definitivamente sus pretensiones, trazadas provisionalmente en sus alegatos preliminares o preparatorios –entre estas y las primeras no puede haber una mutación o variación esencial, en tanto rige la prohibición de la *mutatio libellis*–. La oralidad es su rasgo sustancial, sin perjuicio que las partes puedan auxiliarse con notas, medios gráficos o audiovisuales. El tribunal fijará un tiempo prudencial para el alegato final, pero puede disponer, de ser necesario, un tiempo adicional, pero culminado el tiempo acordado debe apercebir a la parte concernida para su culminación, al punto que si no hace debe dar por terminada la exposición.

El orden de los alegatos está fijado en el artículo 386.1 CPP. Empieza el fiscal, sigue la defensa del actor civil y del tercero civil, continúa el defensor del acusado, y culmina el acusado con su autodefensa. El agraviado puede intervenir, en cuyo caso lo hará antes del acusado (artículo 386.3 CPP).

Como se trata de alegatos finales, la definitividad de la pretensión que deben introducir, a diferencia de la provisionalidad de la pretensión en el primer momento, posibilita su cambio, sin alterar su objeto de modo esencial.

4.2. Alegato final del fiscal

El fiscal puede adoptar tres posiciones frente a la acusación escrita. Así:

- A. Ratificar el contenido de la acusación escrita en todos sus extremos, si considera que el juicio ha permitido probar los cargos, y la pena y reparación civil solicitadas.
- B. Modificar la acusación escrita, cuyo ámbito es: (i) aumento o disminución de la pena solicitada o de la reparación civil, o pedir medida de seguridad; y (ii) corregir errores materiales o incluir una circunstancia delictiva, sin que modifique esencialmente la acusación –no cambia la calificación legal o integre un delito continuado– ni provoque indefensión –esa circunstancia ha de haber sido objeto de actividad probatoria contradictoria–.
- C. Retirar la acusación, si considera que los cargos han sido enervados en el juicio. Esta opción requiere un trámite especial: traslado a las partes, suspensión del juicio, auto de retiro o de elevación al Fiscal superior jerárquico.

4.3. Acusación complementaria

El artículo 374.2 CPP autoriza al fiscal introducir una acusación complementaria, planteamiento que podrá formular en el curso del juicio oral, entendiéndose hasta antes de la clausura del periodo probatorio, pues conforme al principio de preclusión, iniciada la subfase de alegaciones finales, ya no cabe replantear el debate ni reabrir la estación probatoria, y lo que queda es la acusación oral, de carácter definitiva.

Es un acto escrito y procede cuando se trata de incluir un hecho nuevo o una nueva circunstancia no mencionada en la acusación escrita, en tanto importen la modificación de la calificación legal o integren un delito continuado –un hecho o conducta homogénea bajo una misma voluntad o designo criminal–. Tal acusación solo se acepta si no vulnera el principio acusatorio: homogeneidad de bien jurídico vulnerado, y si se cumplen, alternativamente, uno de los dos requisitos antes citados: otro tipo legal o configuración de un delito continuado –u otro hecho que se añada a los fijados como tal–. No se decide su procedencia material. Emitido el auto de aprobación de acusación complementaria, lo que cabe es reordenar el trámite procedimental: nueva declaración del imputado, nuevo ofrecimiento de pruebas y la actuación que corresponda, para lo cual puede suspenderse el juicio por cinco días, para las propuestas respectivas.

4.4. Alegato de la defensa de las demás partes

El CPP fija el ámbito de la intervención de las demás partes: actor civil, tercero civil y defensor del acusado –ello no obsta, desde luego, la intervención de la persona jurídica, del actor social y del agraviado–.

Es de resaltar que el actor civil no puede calificar el delito, pero puede referirse al hecho imputado, y resaltar los hechos relevantes y fijar los criterios de imputación de derecho civil. El tercero civil podrá negar la existencia del hecho, refutar la responsabilidad solidaria que se le atribuye, cuestionar la extensión y monto de la reparación civil, así como resaltar la inexistencia de los criterios de imputación de derecho civil. El abogado del acusado, analizando la imputación, cuestionará la existencia del hecho, los criterios de imputación penal, y, en su caso, la pena y la reparación civil; concluirá solicitando la absolución, la atenuación de la pena u otro pedido que favorezca a su patrocinado.

4.5. Autodefensa del acusado

Es la expresión del derecho a la última palabra. Se pronunciará, si lo quiere, sobre todo el ámbito de la acusación –temas fácticos o jurídicos–. Lo hará directamente y sin mediación alguna, e introducirá cuantas alegaciones estime puedan contribuir al ejercicio y reforzamiento de su derecho de defensa (STSE n.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 (artículo 386.5 CPP). A estos efectos se suspende la audiencia y se pasa a sesión secreta. La deliberación consiste, de un lado, en el examen por el tribunal de la prueba actuada y de los alegatos finales de las partes, y, de otro lado, previa votación, en el acuerdo sobre la culpabilidad o inculpabilidad del imputado, y si resulta lo primero, en la definición acerca de la sanción penal y de la reparación civil.

Conforme al artículo 392.2 CPP, el plazo para la definición de la deliberación es no más allá de dos días. Si algún juez se enferma, se puede extender a tres días más. Si la causa es compleja –definida por el artículo 342.3 CPP– los plazos, en ambos casos, se duplican. Si se vence el plazo de deliberación, se declara sin efecto lo actuado; se trata, entonces, de un plazo propio.

El acuerdo para adoptar decisiones –la votación– se alcanza por mayoría. Si no se produce mayoría respecto a la pena y/o reparación civil, se opta por el término medio. En caso de la pena de cadena perpetua, se requiere decisión unánime; y,

si no se logra la unanimidad, se opta por la pena inmediata inferior: privación de libertad de 35 años.

El ámbito y características de la votación están reglados por el artículo 393 CPP. Así:

- A. La decisión sobre la culpabilidad, el juicio de culpabilidad se centra en la prueba legítimamente incorporada, actuada en el acto oral y según sus reglas.
- B. La valoración de la prueba, para la votación sobre este extremo, debe versar en un análisis individual de cada medio de prueba y, luego, global o de conjunto. Rige el principio de la libre valoración de la prueba, bajo el respeto a las reglas de la ciencia, experiencia y la lógica. El Tribunal debe realizar una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, con exclusión de criterios manifiestamente arbitrarios por vulnerar alguno de los valores principios, directivas o derechos constitucionales (STSE n.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 artículo 395 CPP establece que la redacción de la sentencia corresponde al director de debates. Además, fija unas reglas de redacción específicas. Requiere que la sentencia se redacte en párrafos numerados correlativamente, que hagan mención a cada cuestión relevante. Los números pueden utilizarse para hacer referencia a normas legales y jurisprudencia. También pueden utilizarse notas al pie de página para citas doctrinarias y bibliográficas, y argumentos adicionales.

5.3. Lectura de la sentencia

Dentro del plazo fijado en el artículo 392 CPP –dos días o tres días adicionales en caso de enfermedad–, se constituirá el tribunal a la Sala de Audiencias, luego de convocar verbalmente a las partes. En esta oportunidad se leerá la sentencia ante las partes que comparezcan. Se entiende que el debate se cerró con la autodefensa, y la inasistencia de las partes no puede estimarse como una afectación al derecho de ser oída porque esa oportunidad ya se produjo y clausuró legalmente.

Una excepción consagra el apdo. 2 del artículo 392 CPP. Cuando el asunto es muy complejo –un plus frente al artículo 342.3 CPP– es posible leer la parte dispositiva de la sentencia o el fallo, y explicar verbal y concisamente el contenido de los fundamentos de la decisión. Además, en ese caso, se mencionará la fecha en que se leerá integralmente: el plazo máximo es de ocho días posteriores a la lectura en cuestión. En esta última ocasión en que se puede entender notificada la sentencia, sin perjuicio de que las partes reciban copia de ella en ese acto.

5.4. Recurso de apelación

Leída la sentencia –se entiende toda ella, no es de recibo la sola lectura de la parte dispositiva–, corresponde preguntar a las partes si interponen recurso de apelación. Las partes, en ese acto, pueden recurrir –la formalización o fundamentación del recurso se producirá posteriormente– o reservarse su derecho –el plazo para recurrir rige desde el mismo acto en que se lee la sentencia: artículo 405.1b CPP–. El plazo para el recurso a los no concurrentes se inicia desde el día siguiente de la notificación en su domicilio procesal. La formalización del recurso es de cinco días: artículos 414.1b y 405.2 CPP. El tribunal, en ese acto, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes.

LECCIÓN DÉCIMA QUINTA

LA SENTENCIA

I. ASPECTOS BÁSICOS

1. La sentencia

1.1. Concepto

La sentencia es el acto jurisdiccional más importante –es el acto jurisdiccional por antonomasia enfatiza DE LA OLIVA– que realizan los jueces; por ella se cumplen distintos objetivos. GOZAÍNI menciona los siguientes: **1.** Termina la labor de solucionar el conflicto jurídico. **2.** Culmina con el deber de pronunciamiento que tiene como prestación intrínseca de la función procesal. **3.** Ejercita en el enjuiciamiento el poder de la jurisdicción. **4.** Puede elaborar con el fallo un conjunto de consecuencias de iure propias de la jurisprudencia como fuente de derecho. **5.** Genera la creación de normas jurídicas en la tendencia kelseniana de conformación de la “norma individual”. La sentencia concluye la actividad jurisdiccional y culmina una instancia; finalizan el proceso tras su tramitación ordinaria [GIMENO].

La sentencia es la resolución judicial definitiva, por la que se pone fin al proceso, tras su tramitación en todas y cada una de sus instancias y en la que se condena o absuelve al acusado con todos efectos materiales de la cosa juzgada. Al respecto, cabe enfatizar: **1.** Que la sentencia penal es un acto del juzgador por el que decide sobre el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en cuanto al objeto y respecto de la persona a los que se ha referido la acusación, y, en consecuencia, impone o no una sanción penal, poniendo fin al proceso. **2.** Que el Derecho penal expresa esta relación necesaria entre delito, proceso y sanción penal, de suerte que solo puede ser actuado por un órgano jurisdiccional, después de un proceso y mediante una sentencia, como máxima expresión de la potestad jurisdiccional [ORTELLS]. Tiene dos notas esenciales:

- A. Siempre es definitiva. Pone fin y, si es firme, de una manera irrevocable al proceso penal.
- B. Siempre es de fondo. Absuelve o condena siempre en el fondo (artículos 398 y 399 CPP). Por ello, genera cosa juzgada.

La sentencia tiene como objeto el objeto del proceso, es decir, el hecho designado en el auto de enjuiciamiento como acontecer histórico, que se presente luego del resultado del juicio oral. El juez en su sentencia está vinculado al alcance fáctico del hecho descrito en el auto de enjuiciamiento –derivado de la acusación– y, en todo caso, por medio de una acusación complementaria; pero no está vinculado a la apreciación jurídica del mismo, él debe examinar el hecho según todos los puntos de vista jurídicos (tipo subjetivo, tipo de imperfecta ejecución, tipo de intervención delictiva), aunque con los límites derivados de los principios acusatorio y de contradicción, que incluye el planteamiento de la tesis alternativa [ROXIN–SCHÜNEMANN].

Básicamente se menciona como sentencia a la decisión del órgano jurisdiccional de mérito que conoce por intermedio del juicio público (juez penal). Ésta culmina el debate oral, público, contradictorio y continuo, y emerge de ese procedimiento principal. Ahora bien, el concepto de sentencia soporta una extensión a decisiones distintas del juicio de primera instancia. Los recursos que contra ella pueden ser planteados autorizan la intervención de otro órgano jurisdiccional distinto al de primera instancia, que pone en acto un procedimiento –del recurso– diferente. Las decisiones finales de ese órgano distinto (Sala Penal Superior y Sala Penal Suprema: apelación o casación, respectivamente), en sentido material, solo podrán catalogarse de sentencias cuando culminan el procedimiento de los recursos y corrigen la sentencia del órgano jurisdiccional *a quo*, complementándola o dictan una nueva sentencia opuesta contradictoria a la anterior. En cambio, aquellas decisiones que rechazan el recurso porque a pesar de haber sido admitido no triunfa sobre la sentencia recurrida nada agregan para ser clasificadas en el rubro de las sentencias. Lo mismo puede decirse de las decisiones de reenvío a un nuevo juicio, el cual conducirá ulteriormente a la sentencia de mérito [MAIER].

1.2. Clasificación

Las sentencias, atendiendo al sentido de los pronunciamientos que contienen, pueden ser absolutorias o de condena.

- A.** Las sentencias de absolución son aquellas que desestiman la pretensión de condena formulada por el Ministerio Público; y, es libre en todos los casos. Únicamente pueden ser absolutorias de fondo, bien por inexistencia del hecho, bien por ser inocente el acusado, bien por falta de pruebas o dudas razonables sobre los hechos (no se cumple la regla de juicio de la presunción de inocencia), bien por falta de responsabilidad penal [GÓMEZ COLOMER]. Toda sentencia de absolución produce la confirmación de la presunción de inocencia [ESCUSOL]. Ésta conduce a la cancelación de las medidas de coerción dispuestas y todavía en ejecución, en especial, la recuperación de la libertad cuando el acusado sufre privación coercitiva de ella [MAIER].
- B.** Las sentencias de condena son las que estiman la pretensión de condena formulada por el Ministerio Público, imponiendo una sanción penal al acusado, y abriendo la ejecución al ser título ejecutivo [GÓMEZ COLOMER]. Solo se puede condenar sobre la base de la acusación (principio acusatorio) y cumpliendo el principio de congruencia (limitación al objeto del debate) —la sentencia no puede ir más allá del hecho de la acusación—; de igual manera, cuando se adquiere una probabilidad altísima que permita sostener, sin fisuras, la hipótesis acusatoria y descartar sólidamente la hipótesis defensiva —que se enerve la regla de juicio de la garantía de presunción de inocencia—.

De otro lado, las sentencias, por su forma, pueden ser escritas —que es la regla general: artículo 395 CPP—; y, orales o *in voce*, que solo pueden dictarse en el proceso por faltas, aunque su protocolización por escrito se realizará el plazo de dos días (artículo 484.3, última oración, CPP).

Cabe señalar que la sentencia es firme cuando no quepa contra ella recurso alguno; y, se denomina ejecutoria, al documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme [CALDERÓN/CHOCLÁN].

2. Naturaleza jurídica

Encierra un fallo declarativo o mixto, declarativo y de condena. Así:

- A.** Las sentencias absolutorias son declarativas (artículo 398.1 CPP). Restablecen definitivamente el derecho a la libertad (artículo 398.2 CPP).
- B.** Las sentencias condenatorias tienen una parte dispositiva declarativa, pues declaran la comisión del hecho punible con el consiguiente reproche

jurídico penal. Pero, también son de condena en la medida que irroga al acusado una pena (artículo 399.1 CPP). Los pronunciamientos civiles son de condena, al satisfacer la pretensión de resarcimiento (artículos 11.2 CPP y 93 CP).

- C. Las sentencias condenatorias pueden ser constitutivas, siempre que impongan penas de inhabilitación (artículo 36 CP), disolución de personas jurídicas (artículo 105.2 CP) o nulidad de negocios jurídicos (artículo 11.2 CPP) [GIMENO].

3. Génesis lógica

Establecer si un acusado es o no responsable penal, si su conducta merece la imposición de una pena o no, impone al tribunal un doble juicio: (i) histórico: destinado a determinar si un hecho o conjunto de hechos ha existido o no con anterioridad a la causa, y, (ii) jurídico: consagrado a razonar si el hecho históricamente sucedido constituye un injusto penal y merece la imposición de una pena [CORTÉS DOMÍNGUEZ]. El juicio histórico es imprescindible y por él debe empezarse.

El juicio histórico recae sobre los hechos acusados. Su objeto es determinar si se dieron o no en el pasado. Se efectúa acudiendo a criterios normativos: la actividad –son los concretos actos de realización– o el resultado de la misma, esto es, homogeneidad del bien jurídico vulnerado –identidad en el contenido de la ilicitud o del injusto– [GÓMEZ ORBANEJA]. Los instrumentos que permiten formular el juicio histórico son las pruebas y su posterior valoración. Ante la carencia absoluta de prueba de cargo, ante prueba insuficiente o ante la duda, solo cabe la absolución.

El juicio jurídico se formula sobre la premisa de la positividad del juicio histórico. Importa la calificación jurídico penal y, en su caso, jurídico civil, de los hechos establecidos. Se analiza el tipo legal, el grado del delito, la autoría o participación, las circunstancias modificativas, los factores de medición de la pena.

4. Requisitos

Son externos e internos.

4.1. Requisitos externos

Están referidos a su forma y a su estructura.

- A.** En cuanto a la forma legalmente prevista, como ya se anotó, y, excepcionalmente, oral. Se redacta en párrafos numerados correlativamente, que luego se debe leer en audiencia pública. La sentencia, además, debe ser clara y precisa en cuanto a su redacción.
- B.** En lo atinente a su estructura, está regulada por los artículos 123 y 393.3 CPP, que se complementan por el artículo 122 CPC y los artículos 141 y 149 LOPJ.

La sentencia consta de cinco partes.

- i.** Preliminar o encabezamiento, que incluye la indicación y lugar de la sentencia, la mención a los jueces y al director de debates, su número de orden, la identificación de las partes y el delito objeto de imputación, con la debida mención a los defensores, y, antes, el detalle o generales de ley del acusado.
- ii.** Parte expositiva, que señala la pretensión del fiscal, con el relato de la imputación, la posición de las copartes, y la resistencia del acusado, así como el itinerario del procedimiento y de los avatares de la tramitación de la causa. Define el objeto del debate.
- iii.** Fundamentos de hecho, que es la motivación fáctica y está referida al análisis de los hechos punibles imputados, que a su vez incluye el examen de las pruebas actuadas –apreciación y valoración–, y debe terminar, luego de este razonamiento sobre el resultado de la prueba, con los hechos declarados probados o improbados –debe utilizarse una técnica terminante, pues la certeza reclama una expresión concluyente y unívoca–.
- iv.** Fundamentos de derecho, que es la motivación jurídica –el razonamiento lógico impone empezar por los hechos y acabar por la norma jurídica–. Debe expresar, motivándola, la calificación jurídico-penal de los hechos probados; extremo en el que se fundamenta en orden a una absolución, en su caso, la atipicidad, la justificación, la exculpación u otra exención de responsabilidad penal si la hubiere. La calificación jurídico-penal de los hechos importa, en el caso de una sentencia condenatoria, la subsunción en un tipo legal concreto, la forma de participación, el grado del delito, las circunstancias concurrentes modificativas de la responsabilidad, así como los factores de individualización y medición de la pena. Respecto del

objeto civil, debe calificar jurídicamente los hechos desde el punto de vista de la responsabilidad civil, determinando si existen relaciones o situaciones jurídicas que exijan la responsabilidad de terceros o instituciones. Por último, se fundamentarán las costas, la cita final será de las disposiciones que se consideren de aplicación. Lo que es censurable, en todo caso, es que se cite un precepto sin mayor explicación motivadora [DE LA OLIVA].

- v. Parte dispositiva o fallo, que solo puede ser condenatorio o absolutorio. La sentencia absolutoria, según el artículo 398 CPP, luego de fijar las razones de la absolución –inexistencia del hecho, no delictuosidad o penalidad del mismo, no intervención del imputado, prueba insuficiente o duda–, debe ordenar la libertad del reo, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de objetos afectados, la anulación de los antecedentes y órdenes de captura. La sentencia condenatoria, según el artículo 399 CPP, debe fijar con toda precisión la pena o medida de seguridad impuesta, su duración, con indicación provisional de la fecha de duración o excarcelación, o el plazo de la pena de multa. Por imperio del CP, la prisión preventiva se descuenta de la pena de privación de libertad, incluso la prisión domiciliaria, que en el CPP es de carácter sustitutiva, residenciada en razones humanitarias, y por ende excepcional y marcadamente temporal. Con carácter complementario el fallo contiene, cuando procede, el pronunciamiento sobre las consecuencias accesorias (artículos 102/105 CP) y las costas (artículo 497 CPP). Las medidas administrativas contra las personas jurídicas, en su caso, también deben imponerse si así correspondiere y se dan los criterios de imputación objetivos y subjetivos legalmente previstos –es claro, sin embargo, que esta parte del fallo no es complementaria, sino principal–.

4.2. Requisitos internos

La sentencia penal ha de ser exhaustiva, motivada y congruente (SCIDH Tristán Donoso de 27-01-09). No cabe omitir ningún pronunciamiento necesario para responder a los objetos de acusación y defensa; y a tal pronunciamiento debe proceder una motivación suficiente [ARMENTA].

- A. La exhaustividad de una sentencia implica que en ella deben haberse decidido todos los puntos que hayan sido objeto del proceso y que han

sido aportado por las partes. La sentencia debe ser completa pero es del caso aclarar que –en clave sustancial– ello supone exclusivamente que nada dotado de entidad acusadora o defensiva quede sin respuesta [DE LA OLIVA]. El derecho a una sentencia exhaustiva se fundamenta en la garantía de tutela jurisdiccional, en cuanto las pretensiones de las partes no pueden ser desestimadas sin obtener un razonamiento adecuado fundado en derecho [CALDERÓN/CHOCLÁN].

La omisión en la sentencia de toda referencia y resolución de las cuestiones jurídicas planteadas oportunamente y en forma determina un supuesto de fallo corto, que origina la nulidad de la misma. Por el contrario, será correcta la denominada desestimación implícita de cuestiones jurídicas cuando sí se ha dado un razonado y específico pronunciamiento resolutorio a cuestiones contrarias y radicalmente incompatibles y excluyentes de la cuestión jurídica omitida (STSE de 29-05-00); y, en sede impugnativa es posible subsanarla si en la sentencia constan los datos y elementos que permiten integrarla (STSE de 01-03-00).

- B.** La motivación de una sentencia significa explicar el porqué de su contenido y del sentido de la decisión que se adopta.
- i.** La motivación sobre el juicio de hecho, de un lado, ha de ser: **1.** Clara y no contradictoria –la formulación de cada elemento fáctico y del conjunto debe permitir una comprensión precisa y de que se e viten proposiciones que recíprocamente se excluyen–. **2.** Terminante –enunciar la segura convicción del juez respecto a ciertos hechos y no un estado de duda sobre ellos–. **3.** Rigurosamente descriptiva al exponer la situación de hecho estrado de hechos, desarrollo de los hechos) y evitar la utilización de expresiones que, en vez de describir aquella situación, supongan una valoración de la misma o de alguno de sus componentes y que forme la parte de la norma que después deba aplicarse. De otro lado, debe explicar las razones que condujeron a la convicción del juez acerca de los hechos objeto del proceso penal desde la apreciación de la prueba; por tanto, debe explicar la fiabilidad de los medios de prueba –por qué, de ser el caso, se excluyó unos y aceptó otros–, debe profundizar el análisis cuando la decisión se sustente en prueba por indicios –indicar el **razonamiento** en virtud del cual el juez ha pasado de los hechos-indicio (probados) a los hechos presuntos–, debe indicar –cuando se trata de pruebas directas– cuáles son éstas y cuál es su resultado, así como por qué se dio crédito a tales pruebas

[ORTELLS]. Las sentencias absolutorias pueden sustentarse ya sea en ausencia de pruebas de cargo o, en su caso, en insuficiencia de pruebas, de suerte que correspondió aplicar la regla de juicio de *in dubio pro reo* que integra la garantía de presunción de inocencia.

- ii. La motivación sobre el juicio jurídico importa no solo el deber de expresar los razonamientos jurídicos interpretativos de las normas aplicadas, sino también, cuando éstas no contengan sólo elementos descriptivos, sino elementos normativos o concedan cierto ámbito de discrecionalidad, el deber de explicar por qué la norma penal se ha interpretado de cierto modo y el preciso ejercicio que se ha hecho de la discrecionalidad –muy relevante tratándose de la medición de la sanción penal y de la suspensión condicional de la pena–. Además, cuando se trate de una variación de la interpretación normativa debe explicitarse el porqué de ese cambio y su razonabilidad [ORTELLS].

Todo ello significa que la motivación exigible es la denominada “motivación discursiva”, que consagra lo que es común en la práctica del Derecho: la toma de decisiones jurídicas debe ser argumentativa [ATIENZA].

Abarca lo fáctico y lo jurídico, en este último supuesto se denomina “motivación de la subsunción”.

- i. Lo fáctico, requiere que los hechos y sus pruebas se expongan de manera clara, contundente, terminante. La relación fáctica no puede aparecer confusa, dubitativa o imprecisa –y no contradictoria–.
- ii. Lo jurídico, de aplicación del derecho, material y procesal. Su infracción es causal de nulidad y de violación de una garantía procesal de relevancia constitucional, la tutela jurisdiccional. El razonamiento ha de ser fundado o razonado y razonable, y se refleja en los fundamentos de hecho y de derecho. Se debe saber, por todos, los hechos objeto de la sanción y, también, las pruebas que lo justifican, así como los criterios de determinación de la pena, de la medida de seguridad en su caso y de la reparación civil.

Es de precisar tres puntos centrales en orden a lo que impone el requisito de motivación. Primero, debe existir una motivación fáctica o fundamentos de hecho, inferida a partir de la prueba practicada, en la que deberá consignarse los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados. Segundo, debe concurrir una valoración jurídica suficientemente

razonada acerca de los hechos declarados probados (STCE de 02-11-92). Tercero, cuando la prueba es indiciaria, se ha de consignar en la sentencia el razonamiento fáctico que lleva al Tribunal, de los indicios o hechos base, al hecho indiciado o punible (STCE de 17-12-84).

- C. La congruencia de una sentencia deriva del principio acusatorio y, en parte, del principio de contradicción, e integra, respectivamente las garantías genéricas del debido proceso y defensa procesal. Los términos en que se formula la acusación constriñen el marco del enjuiciamiento a los elementos que forman el objeto del proceso, de manera que no cabe apartarse de estos [ARMENTA]. Los elementos esenciales deben mantener su identidad a lo largo de todo el proceso, aunque puedan modificarse las modalidades o circunstancias del suceso, el tipo de delito –siempre que sea homogéneo– y el grado de ejecución. Todas las modificaciones no esenciales pero relevantes, con arreglo al principio de contradicción y derecho de defensa, deben ser sometidas al conocimiento y alegación de las partes, siendo de destacar al mayor grado de perfección del delito o un grado de participación más intenso. En consecuencia, la congruencia penal es la perfecta adecuación de la acusación oral con la sentencia. Si se da un desajuste notorio entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, se produce una incongruencia constitucionalmente relevante (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116, FJ 11).

La congruencia es cualitativa y cuantitativa. No es constitucionalmente aceptable la incongruencia omisiva.

- i. Congruencia cualitativa. Los apdos. 1 y 2 del artículo 397 CPP exigen, en primer lugar, que en la sentencia solo se por acreditados los hechos y circunstancias descritos en la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado; y en segundo lugar, que la modificación de la calificación jurídica del hecho punible solo será posible si se ha planteado la tesis, conforme al artículo 374.1 CPP. Su vulneración determina una incongruencia *extra petita*.

- * El relato fáctico, en sus líneas esenciales, con las circunstancias respectivas, deben ser objeto de referencia y asunción en el fallo. Lo relevante para el proceso penal no es el mero hecho natural o relato de un acaecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentales para la subsunción, es decir, aquellos hechos naturales, fijados normativamente y que integran el

tipo legal a aplicar (STSE n.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 homogeneidad entre dos tipos legales –entre el título acusatorio y el tipo condenatorio– cuando exista identidad de bien jurídico protegido aunque suponga una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada (STCE de 10-10-86) y, además, identidad o, al menos, diversidad no esencial, en la configuración de la acción [STSE de 08-03-91].

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario n.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 artículo 397 CPP estipula que el tribunal no puede aplicar pena más grave que la requerida por el fiscal, a menos que la pena pedida sea por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación –ello significa que está permitida la incongruencia *intra petitum*, el juez puede sin duda condenar a una pena menor que la que fue objeto de acusación, tanto más si puede absolver–. El respeto al principio de legalidad penal rige esta congruencia, que se puede denominar, si se infringe, incongruencia *supra petitum*. Si se respeta el parámetro punitivo legalmente previsto, el Tribunal solo puede fijar la pena dentro del mismo y de los límites establecidos por la acusación, pero si esta es ilegal el Tribunal puede desvincularse y aplicar el mínimo legal que corresponda –en pureza, esta concepción normativa está estrechamente ligada al principio dispositivo y, por consiguiente, más bien al proceso civil, pero no en principio al proceso penal en el que se debaten cuestiones de derecho público [NIEVA]–. Por lo demás, si se omite una circunstancia agravatoria, solo cabría plantear la tesis para justificar una pena más grave.

5. Desvinculación procesal

5.1. Regulación jurídica

El artículo 349.1,b) y f) del Código Procesal Penal –en adelante, CPP– estipula que la acusación escrita debe contener, entre otros elementos: **1.** La relación clara y precisa del hecho atribuido al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, así como la participación que se le

atribuye –aquí se presenta la nota característica de indivisibilidad del hecho, pues éste comprende todas las acciones preparatorias, concomitantes y posteriores–.

2. El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho –en sentido jurídico, es de tener presente que el proceso toma el hecho considerando cualquier punto de vista jurídico, y que, por su parte, la acusación solo destaca el punto de vista del Ministerio Público– [ROXIN/SCHÜNEMANN].

Este mismo contenido, en su versión resumida, debe tener el alegato preliminar del fiscal en el periodo inicial del juicio oral (ex artículo 371.2 CPP).

ANTOLISEI dice que una circunstancia es aquello que está en torno al delito (*circum stat*), implica la idea de accesoriedad y presupone necesariamente lo principal –que es, propiamente, el hecho–, constituido por un delito perfecto en su estructura. Son, pues, elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito sino solo su gravedad, lo que por lo demás no impide que afecten a elementos esenciales del delito aumentando o disminuyendo su cantidad [MIR PUIG]. La doctrina penalista reconoce cuatro clases de circunstancias: **1.** Genéricas (artículo 46 del Código Penal –en adelante, CP–), **2.** Específicas (por ejemplo: artículos 186, 189, 195, 196-A, 195 y 220 CP), **3.** Cualificadas y privilegiadas (artículos 46-A al 46-E CP), y **4.** Precedentes, concomitantes y posteriores [PRADO SALDARRIAGA].

El fiscal, durante el juicio –luego de instalada la audiencia, como es obvio–, puede formular, por escrito, una acusación complementaria. Ésta tiene como nota característica la inclusión de un hecho nuevo o de una nueva circunstancia no mencionada anteriormente, con entidad para modificar la calificación legal o integrar un delito continuado. El fiscal, además, debe advertir la variación de la calificación jurídica (ex artículo 374.2 CPP).

El Tribunal sentenciador, en el curso del juicio oral, antes de la culminación del período probatorio, de oficio, si observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto de debate (hechos objeto del proceso más hechos alternativos de la defensa; pretensión y resistencia –alegación de hechos impositivos, extintivos o excluyentes–) no considerados por el fiscal, puede plantear la tesis y promover un debate entre las partes para su pronunciamiento (ex artículo 374.1 CPP). El tipo penal sometido a debate podrá ser, desde el bien jurídico, homogéneo o heterogéneo.

Sobre el particular, es clave entender, de un lado, que los hechos esenciales no pueden cambiar –la acusación, en definitiva, no puede alterarse–; y, de otro lado, que con el planteamiento de la tesis solo se busca un debate preciso, no que el fiscal

la asuma [ARMENTA]. Si se exigiera que el fiscal asuma la tesis del juez se arribaría a resultados “monstruosos” de tener que dictarse una sentencia absolutoria, aunque se declaren probados unos hechos innegablemente constitutivos de delito –pero no el del tipo asumido por la acusación– [DE LA OLIVA].

En la acusación oral el fiscal puede introducir ciertas modificaciones a su inicial acusación escrita. Si en el juicio surgieron nuevas razones para pedir aumento o disminución de la pena o la reparación civil –son meros argumentos en función a lógicas cuantitativas respecto de la pena y de la reparación civil–, adecuará la pena y la reparación civil. También puede pedir una medida de seguridad en vez de una pena, si así fuera el caso como consecuencia del debate. Es lo que se denomina “acusación adecuada” (ex artículo 387.2 CPP).

Igualmente, en la acusación oral el fiscal puede efectuar correcciones ante simples errores materiales o puede incluir alguna circunstancia, que no modifique esencialmente la imputación; es decir, no cambie el tipo penal –que sería una circunstancia específica– ni que la circunstancia introducida sea una circunstancia agravante cualificada –circunstancias genéricas atenuantes o agravantes–. Es lo que se denomina “acusación corregida”. El presupuesto de esta corrección, de cara el principio de contradicción, es que durante el juicio se debatió o discutió, de uno u otro modo, la nueva circunstancia.

Desde estas bases normativas, el artículo 397 CPP establece los términos de la correlación o correspondencia entre acusación y sentencia (principio de congruencia procesal). La congruencia, según se entiende comúnmente, es la correspondencia de la respuesta jurisdiccional con lo solicitado por la acusación [NIEVA].

Son los siguientes:

- A. La sentencia solo podrá tener por acreditados los hechos y las circunstancias descritas en la acusación –acusación ratificada, acusación complementaria, acusación adecuada y acusación corregida–, salvo cuando favorezcan al imputado (principio del *favor rei*). Se asume, con este precepto, la doctrina de la intangibilidad del hecho procesal y se prohíben las acusaciones de oficio [ASENCIO].
- B. La sentencia solo podrá modificar la calificación jurídica del hecho acusado si el órgano jurisdiccional introdujo la tesis, conforme al artículo 374.1 CPP. Se asume, como eje rector, la interdicción de la indefensión material, en tanto manifestación de la garantía de defensa procesal [ASENCIO].

5.2. Pretensión acusatoria

Los elementos objetivos de la pretensión son la causa de pedir y la petición.

Siguiendo a PROTO PISANI: **1.** La causa de pedir está constituida por las razones de la acusación, o sea por la exposición de los hechos y de los elementos de derecho penal –es el hecho constitutivo–. Es la causa por la que se pide la prestación de la actividad jurisdiccional. Indica el fundamento, la razón de la pretensión [CHIOVENDA]; se vincula con el hecho violador del derecho [ROCCO]. **2.** La petición es la indicación de la cosa objeto de la acusación, lo que se solicita del órgano judicial; sustancialmente es el derecho hecho valer en la acusación, y en lo mediato, como objeto del proceso, se refiere al contenido de la decisión jurisdiccional solicitada (condena o imposición de una sanción penal determinada por un concreto delito). Es la providencia jurisdiccional concreta requerida, siempre en orden a una determinada relación jurídica sustancial [ROCCO].

No puede identificarse tipo delictivo con pretensión penal [ASENCIO]. La causa de pedir no es la norma de ley invocada por el fiscal en juicio, desde que la pretensión se individualiza y se identifica mediante los elementos de hecho que han convertido en concreta la voluntad de la ley y no por la norma abstracta de ley [CHIOVENDA].

En la causa de pedir lo esencial es el hecho constitutivo de la acusación –la denominada fundamentación fáctica–. Los “elementos del derecho penal”; es decir, las normas materiales aplicables, normalmente o como regla general, en función al principio *iura novit curia*, no son indispensables, no vinculan al juez. Ello significa, entonces, que el Derecho penal no está a disposición de las partes y que la voluntad de las partes no puede primar sobre la realidad de los hechos [ARMENTA].

La noción “hecho constitutivo”, la fundamentación fáctica, en clave de Derecho penal, es compleja. Está integrada no solo (i) por los hechos principales desde la tipicidad penal (*factum* y conducta cometida por el imputado: tipo delictivo, tipo de intervención delictiva, tipo de perfecta o de imperfecta ejecución y tipos concursales), sino también (ii) por las circunstancias –de ser el caso, las cuatro antes mencionadas–, que también en sentido propio, igualmente, son hechos. Se trata de la identidad procesal del hecho, que describe el comportamiento completo del acusado, en tanto ésta forma una unidad con el acontecimiento histórico, presentado al juez a través de la acusación; la sustancia del hecho no ha de quedar modificada [ROXIN–SCHÜNEMANN].

Cabe indicar que otra institución vinculada al hecho es la punibilidad, o más exactamente, las causales de disminución o incremento de la punibilidad. Éstas, a diferencia de las circunstancias, son intrínsecas al delito, ya sea desde su presencia plural (concurso de delitos); o desde la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas –tipicidad, antijuricidad o culpabilidad–; o desde su imperfecta realización material; así como desde el grado menor de intervención de las personas en su ejecución. Así: tentativa, eximentes incompletas, complicidad secundaria, delito continuado y delito masa, concurso ideal de delito y concurso real de delitos [PRADO SALDARRIAGA], así como el error de tipo y de prohibición vencibles.

Rige para su identificación, en todo caso, una concepción mixta de hecho: **(i)** el hecho natural e indivisible, el cual, por cuenta del órgano jurisdiccional, debe ser juzgado con toda su plenitud fáctica; y, **(ii)** la homogeneidad de bien jurídico, pues lo que interesa al Derecho penal no es cualquier hecho sino el aparentemente delictivo, que está en función, en lógica de comparación con la calificación del fiscal, a la homogeneidad de bien jurídico tutelado [GIMENO].

Los elementos de Derecho Penal o fundamentación jurídica, es lo que se denomina título acusatorio y se correlaciona con título de condena. Está referido, principalmente, al tipo delictivo, básicamente, a la tipicidad; y, secundariamente, a los demás integrantes del mismo: tipo de intervención delictiva, tipo de perfecta o de imperfecta ejecución y tipos concursales.

El principio acusatorio –cuyo contenido esencial es conseguir la imparcialidad judicial al exigir que el juez no formule acusación y garantiza la existencia de la estructura del *actus trium personarum* en el proceso [NIEVA]– tiene como una de sus notas esenciales la correlación entre acusación y sentencia. En este supuesto, su finalidad esencial consiste en posibilitar la garantía de defensa procesal y afirmar el principio de contradicción.

En el plano objetivo, en tanto, para articular la actividad probatoria que lo favorezca y formular los alegatos que le respectan, el imputado tiene el derecho de conocer la acusación formulada en su contra –que comprende **(i)** la determinación del hecho y **(ii)** la información sobre el mismo–, el órgano jurisdiccional no solo no debe cambiar el hecho histórico, sino tampoco la calificación jurídica. Se vulnera este derecho fundamental si, en estas condiciones, el abogado no pudo articular su defensa contradictoria [GIMENO]. Se censura el fallo sorpresivo.

Desde una perspectiva más flexible, entre la teoría naturalista y la teoría normativista, se estará ante el mismo hecho: **1.** Cuando exista identidad, total o

parcial, en los actos de ejecución que recoge el tipo penal –es lo que se denomina “actividad típica”–; y, **2.** Cuando, aun sin darse la anterior identidad, el objeto material del delito, es decir, el bien jurídico protegido, sea el mismo –es lo que se denomina “resultado”– [GÓMEZ COLOMER].

Constitucionalmente la correlación no se extiende a la aplicación de la norma penal, ni a la individualización de la pena, ya que sobre este extremo “*iura novit curia*”. Una cosa es que la acusación deba contener una calificación jurídica y una concreta petición y otra que a tales elementos corresponda un papel determinante del objeto. El concepto jurídico procesal del hecho no coincide con el concepto jurídico sustantivo en el sentido del Código Penal [ARMENTA]. Lo que no está permitido, sin duda, es la denominada incongruencia omisiva (falta de respuesta a las pretensiones planteadas por las partes; si lo está, la incongruencia infra o citra petitum (el juez puede condenar por una pena menor de la que fue objeto de la acusación –pues, incluso, puede absolver–); y, no obstante las objeciones dogmáticas que podrían plantearse por estar más ligada al principio dispositivo propio del proceso civil, no lo está la incongruencia ultra o supra petitum, salvo planteamiento de la tesis en la medida en que se trate de un tipo penal más grave [NIEVA].

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en esta misma perspectiva, impone al juez la obligación de “[...] aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”. Sobre este precepto, la Corte Suprema entendió que los errores de calificación del derecho pueden ser enmendados por el juez y adecuarlos al que corresponda (Cas. Civ. 854-2002/Lima, de 9-12-2002).

5.3. Problemas interpretativos

Respecto de la fundamentación fáctica de la causa de pedir se requiere de una congruencia nuclear entre acusación y sentencia (*eadem res*). Es claro que el hecho procesal no puede ser modificado en sus lineamientos esenciales o básicos –el hecho es inalterable–. Puede ser mejor precisado, acotado, corregido en sus aspectos secundarios o accesorios, y/o incluyendo matices, detalles o elementos episódicos o complementarios, pero nunca alterado de modo que cambie su propia configuración o fisonomía.

No se pueden dar por probados unos hechos más perjudiciales de los que se acusó –por lo demás, sí cabe lo contrario, en aplicación del *favor rei*–. Así fluye del artículo 397.1 CPP: solo se pueden dar por probados los hechos u otras

circunstancias descriptas en la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado —la acusación, como consecuencia del debate oral, puede ser degradada por el juez—.

En esta última perspectiva se entienden aquellos supuestos en los que existe una relación de desnivel entre varios delitos. Será una relación lógica de desnivel en los supuestos del tipo básico y el atenuado, del tipo básico y el agravado, de la tentativa y la consumación del delito —siempre en lo favorable, claro está—. Asimismo, se estará ante una relación ético valorativa de desnivel en el vínculo o conexión entre tipo doloso y tipo imprudente, entre autoría y participación, y entre inducción y complicidad [OTTO].

Queda claro, entonces, que desde el punto de vista procesal en estos supuestos existe identidad de hechos pues se trata de una identidad de actividad y de la lesión del mismo bien jurídico permite pasar los diversos supuestos típicos sin que se viole el principio acusatorio, en su aspecto de correlación entre acusación y sentencia [CORTÉS].

De igual manera, es posible aplicar la institución de la determinación o constatación alternativa. Aquí se acredita, finalmente, que el acusado con toda seguridad ha cometido uno de diversos delitos independientes, pero hay dudas respecto de cuál. Ésta depende de la identidad del núcleo de injusto, que se da cuando una agresión ilícita se dirige contra el mismo bien jurídico o contra un bien jurídico de la misma especie, del mismo género, y cuando el desvalor de la acción de los diversos delitos parece más o menos comparable. Esta es muy utilizada en los delitos patrimoniales [HARRO OTTO].

En ambos casos, siempre se deberá aplicar la ley más favorable y de acuerdo a un punto de vista concreto [JESCHECK-WEIGEND]. Entre el valor justicia y el valor seguridad jurídica, será del caso acudir al principio de concordancia práctica, de suerte que tiene alcanzarse una eficacia óptima mediante la limitación proporcional de uno de los principios por medio del otro. Dos son los requisitos de esta subsunción alternativa propia: las constelaciones típicas tienen que infringir una ley penal, y debe haber una relación gradual, de mayor a menor, en el que se aplicará el *in dubio pro reo* y el acusado será sancionado por el delito menos grave [WESSELS-BEULKE-STAZGER].

En lo concerniente a la homogeneidad de bien jurídico —que ha de ser estructural, no sistémico—, no se incurrirá en indefensión material —luego, será posible un cambio de tipo penal—, cuando el condenado ha podido defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho del tipo de delito señalado en la sentencia.

La indefensión material se ha de entender, en lo pertinente, como el menoscabo del derecho de realizar alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados; se requiere que la indefensión sea efectiva, es decir, de la generación de un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por la decisión judicial [GIMENO].

En todo caso, desde el principio acusatorio, será inocuo el cambio de calificación jurídica (i) si existe homogeneidad del bien o interés jurídico tutelado por la norma penal y (ii) si se respeta la identidad de los hechos. Para estas concreciones, lo determinante es el caso concreto, las circunstancias de la causa, lo efectivamente producido en el proceso.

La exigencia de la tesis, de cara al principio de contradicción, se relevará cuando la homogeneidad sea patente y denota la previsibilidad para el acusado de que pueda variarse la calificación de los hechos (error patente o evidente) o cuando se trata de un delito menos grave y homogéneo [DE LA OLIVA]. Por el contrario, es indispensable la tesis cuando el juez invoque un tipo penal no homogéneo, o cuando incorpore circunstancias agravantes (genéricas, cualificadas o específicas) no citadas en la acusación.

Existe una diferencia entre el artículo 374.1 CPP y el artículo 397.2 CPP. Si bien ambos hacen mención a la calificación jurídica de los hechos –fundamentación fáctica de la causa de pedir–, el primer precepto precisa “[...] hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público...”; y, el segundo precepto menciona

. Sin duda, esta contradicción, merece una interpretación correctora; luego, debe resolverse a favor del hecho objeto del debate, que presenta un sentido más amplio y omnicompreensivo del juicio como lucha de contrarios: hipótesis acusatoria vs resistencia.

Un supuesto complejo se presenta en los casos de aplicación del *in dubio pro reo* y de la constatación o determinación alternativa. En ambos supuestos, los hechos del debate no han variado, la actividad probatoria arroja un resultado fáctico concreto y sobre éste es menester la correspondiente subsunción normativa.

Si los hechos acreditados, incluyendo las circunstancias, son más favorables, es posible un cambio típico sin planteamiento de la tesis. Esto es obvio en los supuestos de aplicación del *in dubio pro reo*, en las relaciones de desnivel, lógicas y ético-valorativas, entre varios delitos y siempre que importe una opción más favorable.

Distinto será el caso tratándose de la constatación o determinación alternativa, que incide exclusivamente en el elemento de derecho, y sobre el cual el artículo 397.2 CPP exige el planteamiento de la tesis. Se requiere siempre de un resultado más favorable, y además del planteamiento de la tesis.

6. Aclaración y corrección de sentencia (y demás resoluciones)

6.1. Aspectos básicos

El artículo 124 del CPP tiene normas específicas en materia de aclaración y corrección de resoluciones judiciales. Los principios de exhaustividad, de congruencia o correlación, de celeridad –evita el alargamiento injustificado del proceso– así como el de economía procesal –tendente a la evitación de nulidades procesales y de impugnación [DE SANTO]– explican esta institución procesal. En tal virtud, se autoriza a configurar fórmulas normativas para que conceptos oscuros, errores materiales u omisiones insustanciales puedan ser subsanados –en pureza, y según el caso, aclarados e integrados– en un momento posterior a la emisión de una resolución jurisdiccional. Responde a esa finalidad la institución procesal de la aclaración y la corrección. A partir de ella se varía, aunque con sentido débil, el criterio rector de que las resoluciones emanadas por el órgano jurisdiccional son inalterables luego que estas han sido notificadas.

Es de reiterar la expresión sentido débil porque la variación que puede sufrir no altera, en modo alguno, el contenido sustancial de la decisión; no la modifica (Casación Civil n.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].

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 CPP al igual que el CPC, sin duda, no califica la aclaración y la corrección como un recurso impugnatorio, pues no buscan rescindir una resolución judicial –juicio rescindente– y, en su caso, su reemplazo por otra –juicio rescisorio–. Su objeto no es el que se acaba de mencionar ni el de modificar un error de fondo o de contenido. Se trata, como la calificó la Casación Civil n.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 legitimadas para instar la aclaración y la corrección las partes procesales y, de oficio, el propio juez. Opera, pues, a pedido de parte o de oficio. En cuanto al tipo de resolución que puede ser susceptible de aclarar o corregir, el Código no hace distinciones, ni limita su admisibilidad, por tanto, lo serán toda clase de resoluciones [LEDESMA]. Aun cuando una decisión se emita oralmente o en audiencia, el pedido de parte –como es obvio– debe ser por escrito y se resuelve sin trámite alguno –no se requiere de una audiencia previa ni de un traslado, luego, no se pone en conocimiento de la parte contraria– (artículos 406 y 407 CPC). La resolución aclaratoria o correctora tiene, por ende, la forma de auto, que a su vez debe ser debidamente notificada a las partes procesales. Si la resolución es desestimatoria de la aclaración o corrección solicitada por las partes es inimpugnable, pero si es estimatoria puede ser recurrida [HINOSTROZA], salvo, como es obvio, si la profiere la Corte Suprema.

La oportunidad para aclarar o corregir una resolución es, desde luego, desde la fecha de su emisión o, en todo caso, desde que se notifica hasta que cause ejecutoria; es decir, antes que quede consentida [RIOJA]. Así, en el caso de los autos de primera instancia es de tres días, de las sentencias de primera instancia es de cinco días y de las resoluciones de vista es de diez días (artículo 414 CPP), y de las sentencias casatorias es, asimismo, de diez días. La resolución que se pronuncia sobre la aclaración o la corrección se integra a la resolución precedente y, por tanto, el plazo para recurrir se reabre a partir de la resolución primeramente citada (Casación Civil n.º 48-2003/Lima, de 01-12-03).

6.2. Aclaración de resoluciones

El elemento material de la aclaración es el concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella –con esta última precisión se incluye por cierto a la parte considerativa o los fundamentos de la resolución, siempre que esté causalmente enlazada con aquella–. El concepto oscuro o dudoso significa cualquier discordancia que aparezca entre una declaración contenida en el pronunciamiento y los vocablos utilizados para expresarla. Se centra en el lenguaje utilizado, el cual –por el uso de términos inadecuados o su imprecisión terminológica– da origen a confusiones sobre lo que se quiso decir verdaderamente, hacen imposible obtener certeza de lo resuelto. Se trata de conceptos cuyo empleo choca frontalmente con las exigencias de claridad y precisión que se exige a las resoluciones y, en especial, a las sentencias.

Es el aspecto verbal o formal el que es objeto de la aclaración. No comprende ni el vicio de la voluntad del juez, ni el error de juicio, y tampoco el error en la formación del juicio [SATTA].

La indeterminación o problemático encaje contextual del enunciado gramatical o término incorporado en la resolución, puede ocurrir con: **(i)** términos o expresiones ambivalentes, que admiten diversos significados; **(ii)** conceptos o palabras ambiguas, que posibilitan diversas interpretaciones; **(iii)** declaraciones aparentemente descontextualizadas en el estricto ámbito del razonamiento o de las conclusiones jurídicas alcanzadas [LÓPEZ YAGÜEZ].

6.3. Corrección de resoluciones

Los motivos de la corrección son: **(i)** los errores materiales y **(ii)** las omisiones. Se entiende por error material aquella equivocación o incorrección respecto de nombres, de partes en el juicio, de copia o de cuentas. El juez puede cambiar los nombres de alguna de las partes o atribuirles diferente calidad o función –nominar agraviado al imputado, o viceversa–, así como cometer errores ortográficos; puede condenar a la actora y absolver a la demandada cuando de los fundamentos de la sentencia corresponde condenar a la demandada y absolver a la actora –de los fundamentos se aprecia que se declara fundada la demanda, pero se señala que es infundada, o viceversa–; puede formular citas de doctrina, jurisprudencia o legislación, ya sea de modo incompleto e insuficiente o con manifiesta inexactitud en su identificación o texto; o, finalmente, puede incurrir en una errata de cuentas, esto es, errores aritméticos [LEVITÁN].

Estos “errores”, como ha quedado expuesto, son los relativos al contenido de las declaraciones o manifestaciones que recoge la resolución y que evidencian cierta contradicción o desajuste entre los fundamentos jurídicos y el fallo; errores para cuya subsanación no resulte precisa una nueva calificación jurídica o la modificación de las conclusiones probatorias ni desde luego implique una modificación del sentido del fallo (STSE 286/2006, de 9 de octubre). Estos desaciertos no revisten carácter conceptual ni intelectual, y deben ser notorios, al punto que pueden ser advertidos sin esfuerzo hermenéutico alguno [DE SANTO].

Se entienden por omisiones a todas aquellas faltas de un pronunciamiento expreso acerca de una pretensión deducida oportuna y debidamente debatida en juicio, de suerte que, en atención al principio de exhaustividad, la parte decisoria debió comprenderla estimándola o desestimándola. Aquí el juez integra la resolución emitida oportunamente emitiendo otro acto de voluntad. Pero debe tratarse de un error involuntario del juez y no de una omisión por una pretensión que resulta denegada [COUTURE]. Abarca cuestiones accesorias como pretensiones y resistencias de las partes [PALACIO]. No se pueden cambiar fundamentaciones de la resolución [LEVITÁN]. El juez debe mantenerse en el contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado; la concesión no debe suponer cambio de sentido y espíritu de lo resuelto (STCE 305/2006, de 23 de octubre).

Este remedio está circunscripto a la sustanciación de lagunas sobre aspectos oportunamente planteados en la causa; no es posible incorporar hechos o cuestiones nuevas [DE SANTO].

II. EFECTOS DEL PROCESO

Los efectos del proceso son dos: la cosa juzgada –incluye los medios de ataque a la misma–; y los económicos, que son las costas [GÓMEZ COLOMER].

1. Cosa juzgada

1.1. Concepto

La cosa juzgada es el conjunto de efectos que produce la sentencia firme y resoluciones equivalentes sobre el objeto procesal, tanto positivos (ejecutoriedad y prejudicialidad), como negativos (imposibilidad de volver a interponer la misma pretensión entre las mismas partes). Tiene entidad constitucional propia: artículo 139.13 de la Ley Fundamental. La cosa juzgada, como institución, sirve para que un proceso alcance una certeza básica para el cumplimiento de aquel principio; de

una parte, confiriéndole firmeza o irrevocabilidad, y de otra, dotándola de eficacia frente a eventuales discusiones posteriores en torno a lo que ya ha sido resuelto en un proceso [ARMENTA].

1.2. Clasificación

La cosa juzgada se clasifica en cosa juzgada formal y material.

- A. La cosa juzgada formal es la preclusión de los medios de impugnación respecto a una resolución jurisdiccional penal. Tiene un efecto intraprocesal, que es el efecto que se genera cuando la sentencia adquiere firmeza. Esta se presenta cuando contra el fallo no procede recurso alguno, cuando se agotan los recursos ordinarios y extraordinarios, cuando no se recurre agotado el plazo legalmente previsto. La cosa juzgada formal es un presupuesto de la cosa juzgada material.
- B. La cosa juzgada material es la vinculación en otro proceso penal que produce las sentencias y autos equivalentes firmes. Es el efecto externo de la sentencia o resolución equivalente. Es un instituto procesal, de naturaleza jurídico-pública, que obliga a los jueces a no juzgar de nuevo lo ya decidido y, derivadamente, a no admitir controversias de las partes acerca de ello [GÓMEZ COLOMER]; *non bis in idem*. Opera como una causa de extinción de la acción penal (artículo 78.1 CP), que permite plantear una excepción al amparo del artículo 6.1e CPP (STC 1182-2010-PA-TC, FJ, 2).

1.3. Fundamento

El fundamento de la cosa juzgada radica en el principio de seguridad jurídica, y se sustenta en las garantías genéricas de tutela jurisdiccional y del debido proceso [GIMENO]. La tutela jurisdiccional exige la inmutabilidad de una decisión firme y su ejecutabilidad, en sus propios términos. El debido proceso importa, como una de sus principales consecuencias, la prohibición del *non bis in idem*; institución que significa, primero, que excluye, por ser presupuesto procesal de carácter negativo, bajo examen de oficio, y base de una excepción –la condena impuesta a una persona por un hecho punible extingue la acción penal: artículos 79.2 y 90 CP–, un segundo juicio y, en su caso, la posible condena: prohibición de la doble incriminación; y segundo, que en caso de existir más de un acusado, el fallo es para cada uno de ellos independiente del de los demás (no hay vinculación prejudicial del contenido de la primera sentencia respecto a las otras partes, ni

respecto de otro acusado por el mismo hecho ni del mismo acusado por un hecho distinto, aún conexo del hecho juzgado o condicionado por él).

1.4. Cosa juzgada material

1.4.1. Resoluciones que la integran

- A.** Sentencias definitivas, que son las de fondo, que incide, además de lo penal, en el ámbito administrativo sancionador –efectos reflejos generan todas porque unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado; se debe asumir como ciertos los hechos declarados como tales en una primera resolución o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos–.
- B.** Resoluciones equivalentes, que son tanto los sobreseimientos, como aquellas que amparan excepciones –salvo de naturaleza de juicio– y desestiman la incoación del proceso por inexistencia o falta de tipicidad.

1.4.2. Efectos positivos

De manera general, las sentencias firmes y de fondo producen dos efectos positivos:

- i) Ejecutoriedad: Constituyen título ejecutivo y dan lugar al proceso de ejecución a fin de ejecutar lo juzgado.
- ii) Prejudicialidad –que es el efecto positivo por excelencia–: Cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, respecto de la parte 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 mayoritario de la doctrina sostiene que no rige este efecto prejudicial, puesto que aquí no existen relaciones jurídicas que puedan dar lugar a causas jurídico-penales prejudiciales y que afecten al mismo sujeto [CORTÉS DOMÍNGUEZ]. Cada causa penal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto, todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída al segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

No obstante ello, cabe introducir algunas matizaciones a esta afirmación tan rotunda, pues es posible, de cara a un sector de la doctrina italiana, sostener el efecto prejudicial de una sentencia firme a los copartícipes – no encausados o procesados que, por diversas circunstancias, no fueron incluidos en el fallo– en lo concerniente a la subsistencia material del hecho y a la declaración de extinción de la acción penal por alguna causa objetiva [DE LA OLIVA]. Esta concepción, por ejemplo, ha sido asumida en la Ejecutoria Suprema RN n.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 CPP (STSE de 1510-98).

- A. Es indiferente la identidad subjetiva activa: no interesa quién ejercitó la acción penal, ni quién formalmente aparezca como agraviado en la sentencia (*eadem persona*). Solo interesa la identidad pasiva o del condenado –en los delitos plurisubjetivos no rige en modo alguno respecto de los otros imputados, salvo que medió una absolución o sobreseimiento basado en la inexistencia del hecho o en su atipicidad–. El fundamento de esta

delimitación en la persona del imputado radica en que en el proceso penal la acusación es pública, por lo que no se exige una legitimación concreta y no ostentan las partes la titularidad del derecho de penar [ASENCIO]. El límite sujeto, del efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada, comprende al sujeto pasivo del proceso penal, pero no solo a quien resultó condenado o absuelto, sino también a quien pudo y debió haber sido acusado o procesado y no lo fue. Los co-partícipes se benefician con lo declarado se benefician con lo declarado en otro proceso penal, si se trat de los mismos hechos. Por lo que no es posible abordar, autonomamente, si la conducta de los imputados, es ilícita y si, en esa virtud, medio una extralimitación de la potestad jurisdiccional reconocida por la constitución (ver sentencia de casación n.º 842-2015/Lambayeque, de 21 de diciembre de 2016).

Un supuesto distinto, pero algo parecido, es cuando se siguen dos o más causas por los mismos hechos sin que en ninguna de ellas exista sentencia o sobreseimiento firme, que puede denominarse *ne bis in idem* procesal contemporáneo. Lo único que cabe, por tratarse en pureza de un supuesto de pleito pendiente, no es la excepción de cosa juzgada (STC n.º 18872010-HC/TC), sino la unificación de todos esos procesos [NEYRA].

- B.** La identidad objetiva se circunscribe al hecho punible –hecho histórico y bajo una misma base de lesión del bien jurídico: identidad de elementos esenciales–son irrelevantes la variación de los aspectos meramente accesorios o circunstanciales, incluidos el cambio de la calificación jurídico penal de los hechos o de la participación que se atribuye al imputado–, en el que concurren normas homogéneas– (Ejecutoria Suprema RN n.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 firme cuando concurren circunstancias que la ley estima dignas de ser reconocidas. El único medio de rescisión que reconoce el CPP es la acción de revisión: artículos III TP y 439-445.

La acción de revisión tiene por objeto pedir la anulación de la sentencia, sea tanto condenatoria como absolutoria. Esto significa que toda sentencia firme y de cualquier índole dictada en un proceso penal es posible de ser revisada [GÓMEZ COLOMER]. Los motivos para sustentar la demanda se encuentran detallados en el artículo 439 CPP y tienen legitimación para presentar la demanda tanto el fiscal supremo en lo penal como el condenado.

2. Las costas

2.1. Concepto

Los costes que demanda la justicia deben ser sufragados por el Estado y los litigantes; su financiamiento y determinación entre ambos sectores es una decisión política. Cuando los costes deben ser pagados por los litigantes se denomina gastos procesales. Es, pues, el importe de ciertos gastos procesales necesarios –las costas constituyen una especie del género gastos procesales [MUERZA]–, imputables a las partes privadas, cuyo abono, no reintegrable, se realiza por estas, en su caso, con posterioridad a los actos o al proceso mismo que los origina [FENECH].

El perjuicio patrimonial derivado de los gastos procesales para quien se ve obligado a acudir a los tribunales para reclamar algo que injustamente se le niega o para defenderse de una reclamación o acusación injusta, si finalmente los tribunales les da la razón, representa la condena en costas, que permiten al vencedor, en determinadas circunstancias, obtener el reembolso, a costa del vencido, de la totalidad o, cuando menos, de la parte más importante de los gastos que aquel haya realizado para defender su derecho en el juicio. Para quien no disponga de recursos económicos suficientes para afrontar su pago está la asistencia jurídica gratuita, obteniendo auxilio judicial.

En consecuencia, es de tener presente, en primer lugar, que el coste público de la justicia se hace tanto por el Presupuesto del Estado –como se hace en Educación, Salud Pública, Seguridad, Infraestructura, etcétera–, pues la justicia es un elemento y servicio público fundamental de todo Estado, como a través de las tasas –que constituye el tributo que se devenga y abona como consecuencia y contraprestación a la provocation de la prestación de un concreto servicio o la realización en régimen de derecho público (provocation de la existencia de un proceso concreto por el beneficiario directo del servicio prestado), en cuya virtud el hecho imponible es la utilización privativa o el aprovechamiento especial de la prestación de ese servicio o realización de actividad –las que, por lo demás, no deben ser exageradas porque desincentivarían el acceso a la justicia–; y, en segundo lugar, que, desde otra

perspectiva, se tienen los gastos y las costas procesales, siendo los gastos aquellos desembolsos en que incurren las partes de un proceso de forma privada y directa por acudir a él y que tienen como causa la existencia de ese proceso, mientras las costas, a cargo de la parte contraria que perdió, son la recuperación de los gastos procesales que percibe el ganador del litigio pagados por quien perdió, es decir, la obligación de pago de los gastos procesales al vencedor [GUTIÉRREZ DE CABIEDES].

2.2. Regulación básica y aspectos esenciales

La Sección II del Libro Sexto: artículos 497-507 CPP está dedicada a las costas. Según el artículo 497 CPP las costas son reclamables de toda decisión que ponga fin al proceso o a un incidente de ejecución. Las costas se imponen, de oficio, al vencido y son recurribles autónomamente. No cabe su imposición en cinco procesos especiales: faltas, inmediatos, terminación anticipada, colaboración eficaz y delito privado si culminan por transacción o desistimiento.

Tres son los conceptos que abarcan las costas: **1)** las tasas judiciales, **2)** los gastos judiciales realizados en la causa (importe de publicaciones, certificaciones, traslados, comunicaciones, etc.), y **3)** los honorarios del abogado de la parte vencedora y de los peritos oficiales, traductores e intérpretes.

Están exentos del pago de las costas los agentes públicos –fiscales, procuradores públicos del Estado, abogados y apoderados o mandatarios de las partes–, y el Estado, incluyendo los órganos constitucionalmente autónomos, Gobiernos regionales y locales, y las universidades públicas. También lo están quienes obtienen auxilio judicial. Según el artículo 179 CPC, es asignado por el Poder Judicial a las personas naturales que, para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes de ellas dependan, cuya declaración formal, conforme al artículo 183 CPC, los exonera de todos los gastos del proceso y determina el nombramiento de un abogado que actuará como apoderado, y cuyos honorarios los paga el perdedor o el Colegio de Abogados. Pagará costas, por el contrario, el denunciante que provocó el procedimiento por medio de una denuncia falsa o temeraria.

2.3. Imposición

Las costas, según el artículo 500 CPP, se imponen en toda sentencia condenatoria y al imputado cuando sea declarado culpable o peligroso. Cuando se trata de una sentencia mixta, con absoluciones y condenas, se fijará un porcentaje, al igual que cuando existan varios condenados. Si se trata del mismo delito por el

que se han condenado a varias personas, las costas son solidarias. Si el condenado tiene solvencia económica, pagará los servicios del defensor de oficio. Por otro lado, en caso de sentencia absolutoria y sobreseimiento, se impone costas al actor civil o querellante particular si obró con temeridad o mala fe –supuestos en que la pretensión ejercitada carece de toda consistencia y es patente esa ausencia de fundamento (STSE de 14-06-00)–; también, al imputado, un porcentaje, cuando el proceso se formalizó por su confesión falsa o autodenuncia. El actor civil pagará costas cuando se ampare una cuestión previa o prejudicial.

No solo es imponer las costas en una sentencia sino también en la calificación de sentencia. Así, en reiterada jurisprudencia, la Corte Suprema señaló que como se trata de una terminación anticipada del proceso de revisión penal por declaración de improcedencia de la demanda de revisión penal, se aplicó el artículo 497 num. 1 del CPP, esto es, se condenó al recurrente a las costas procesales correspondientes [Rev. Sent. (CPP) n.º 119-2014/Ucayali, Rev. Sent. (CPP) n.º 150-2014/Ancash, Rev. Sent. (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 paga quien los promovió si resulta vencido. En el caso de los recursos, las costas las paga el recurrente si pierde, salvo que no se hubiera opuesto al recurso.

La resolución sobre las costas se impone en cada instancia. Si la resolución superior revoca la anterior, la parte vencida pagará las costas de ambas.

2.4. Tasación

La tasación o liquidación, según el artículo 506 CPP, corresponde al secretario judicial y se dispone una vez que quede firme la respectiva resolución. Fijada la liquidación se pone a disposición de las partes por tres días para su observación –en función a la ilegitimidad de un rubro o concepto integrado o su excesiva cuantía–. El juez de la investigación preparatoria, previo traslado, resuelve la observación. Las costas, firme la resolución, son pagadas inmediatamente, bajo la vía de la ejecución forzosa, cuyas decisiones son irrecurribles.

Este Libro se imprimió en los talleres gráficos
Ortega Artes Gráficas S.A.C.
situado en Cal. Carlos Arrieta Nro. 134, Urb. Estella Maris - Etapa Uno
Bellavista, Callao
Junio 2024

