





**Colección Temas Procesales Conflictivos**

**Directores: Ana Calderón Sumarriva • Guido Aguila Grados**

**EL NUEVO SISTEMA  
PROCESAL PENAL:  
Análisis crítico**

**Ana C. Calderón Sumarriva**



**EGACAL**

**ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS**

**Más que enseñar Derecho, garantizamos su aprendizaje**

## **Colección Temas Procesales Conflictivos**

II - El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis crítico

Directores: Ana Calderón Sumarriva • Guido Aguila Grados

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin  
previa autorización de

**EGACAL**

### **Pedidos:**

Carlos Alayza y Roel 2535 (Ex Miguel Iglesias) - Lince  
Trinidad Morán 269 - Lince

Lima - Perú

**Teléfonos:** (511) 441-0284 / (511)211-6935

**E-mail:** [egacal@egacal.com](mailto:egacal@egacal.com)

**Website:** [www.egacal.com](http://www.egacal.com)

## PRESENTACIÓN

Cuando ya han transcurrido algo más de seis años desde que comenzó la implementación del nuevo sistema procesal en el Perú, el balance no es el mejor. Las dificultades generadas por los cambios en el cronograma inicial. Los recursos limitados para mejorar la gestión y la confusión que generan las diversas interpretaciones que se dan a la novedosa norma procesal constituyen problemas aun por resolver.

Con el convencimiento de que este cambio era necesario, a través de **EGACAL** desarrollamos la tarea de capacitar en el nuevo Código Procesal Penal a abogados, fiscales y jueces de diversos distritos judiciales de nuestro país. En este esfuerzo fuimos testigos de la alta expectativa de la población, que veía operar transformaciones en la infraestructura, pero aún continuaba siendo espectador de viejas prácticas judiciales. Al parecer, el proceso dirigido por el Estado no hizo el énfasis necesario en la concientización a los diversos operadores del cambio de sistema que supone, principalmente, un cambio de paradigmas.

Comenzamos esta obra con los fundamentos y principios del sistema, los que permiten afirmar que en el Perú se ha “constitucionalizado el proceso penal”, razón por la cual encontrarán jurisprudencia desarrollada por nuestro Tribunal Constitucional, los nuevos roles de viejos protagonistas y la definición

de nuevos personajes que en el escenario de este proceso penal ven reivindicadas sus posiciones. Justamente la mayor resistencia al cambio se presenta con la redefinición de roles (Policía Nacional vs. Ministerio Público o Jueces vs. Administración).

En los capítulos siguientes desarrollamos cómo el nuevo sistema presenta un proceso modelo que recorre una investigación preparatoria para luego, con una imputación debidamente sustentada, abrir paso al juzgamiento. También presenta otras alternativas que permiten descongestionar el sistema con salidas alternativas (principio de oportunidad y acuerdos reparatorios) o mecanismos de abreviación (proceso inmediato, acusación directa y terminación anticipada del proceso). Asimismo, describimos la mejora en el tratamiento que la nueva norma otorga a las medidas de coerción, protección y de búsqueda de material probatorio con restricción de derechos, todos ellos con presupuestos legales y con un control judicial previo o posterior.

En los capítulos finales se analiza el juzgamiento, la sentencia y el nuevo sistema de recursos, además de presentarse una introducción al recurso de casación que otorga a la Corte Suprema un papel preponderante en la generación de doctrina legal. Esta última es necesaria para la orientarse en la interpretación del derecho sustantivo y para la unificación de la jurisprudencia.

Por último, resaltamos puntualmente la existencia de rezagos del modelo inquisitivo, por lo que estamos convencidos que continuamos en un modelo mixto, pero predominantemente acusatorio.

A poco más de un lustro de su progresiva implementación en nuestro país, injustamente se ha atribuido a esta norma la calidad de “código de impunidad” y se ha sesgado a los Jueces de Investigación Preparatoria la mayor responsabilidad en los resultados. Incluso, se ha sostenido que el sistema funciona como una “puerta giratoria para los delinquentes”, sin observar que en este modelo el mayor protagonismo y, por lo tanto, mayor responsabilidad, recae en las partes, estando el juez imposibilitado de suplir deficiencias. Conforme observarán en el desarrollo del texto, advertimos la existencia de diversas medidas de eficacia punitiva que no permiten calificar al Código de “garantista”, dándose en el ámbito procesal la ponderación de derechos vs. seguridad.

Esperamos en el futuro profundizar esta publicación y hacemos votos para que esa labor se desarrolle de manera paralela al logro de un proceso penal propio de un Estado Constitucional de Derecho.

Lince, 29 de abril de 2011.

ANA C. CALDERÓN SUMARRIVA



## ÍNDICE

### CAPÍTULO I GENERALIDADES

1. Sistema de Justicia Penal .....	15
2. Definición de Proceso Penal.....	17
3. Características .....	19
4. Sistemas Procesales .....	21
5. Fines del Proceso Penal .....	33
6. Diferencias entre Proceso Civil y Penal.....	35

### CAPÍTULO II PRINCIPIOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL

1. Principio de Exclusividad y Unidad en la Función Jurisdiccional.....	38
2. Principio de Independencia e Imparcialidad en la Función Jurisdiccional.....	43
3. Tutela Jurisdiccional y Observancia del Debido Proceso .....	46
4. Principio de Juez Natural, Legal o Predeterminado .....	48
5. Derecho a ser Juzgado en un Plazo Razonable .....	49
6. Principio de Publicidad .....	52
7. Principio de Motivación de las Resoluciones .....	54
8. Principio de Instancia Plural.....	56
9. Principio de Legalidad o Indiscrecionalidad.....	58
10. Principio de Inevitabilidad del Proceso Penal o Garantía de Juicio Previo.....	60
11. La Presunción o el Estado de Inocencia .....	60
12. Principio de <i>In dubio Pro Reo</i> .....	63
13. Principio de Gratuidad de la Justicia Penal .....	66

14. Principio de Igualdad de Partes o Igualdad Procesal.....	67
15. Principio de <i>Ne bis in idem</i> .....	69
16. Exclusión de la Prueba Prohibida, Ilícita o Ilegítima.....	71

### **CAPÍTULO III LEY PROCESAL**

1. Definición .....	73
2. Características.....	73
3. Reglas de Interpretación.....	74
4. Reglas de Aplicación de la Ley Procesal .....	75

### **CAPÍTULO IV ACCIÓN PENAL**

1. Definición .....	81
2. Características.....	82
3. Momento de Ejercicio de la Acción Penal.....	83
4. El Ejercicio Público y Privado de la Acción Penal.....	85
5. Diferencias entre Acción Civil y Penal .....	87

### **CAPÍTULO V MEDIOS DE DEFENSA**

1. Definición .....	89
2. Cuestión Previa.....	90
3. Cuestión Prejudicial .....	92
4. Excepciones .....	94

### **CAPÍTULO VI JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

1. La Jurisdicción .....	103
2. La Competencia.....	106
3. Las Cuestiones de Competencia.....	114

**CAPÍTULO VII**  
**LOS PROTAGONISTAS DE UN PROCESO PENAL**

1. Relación Jurídica Procesal Penal ..... 127
2. Sujetos Procesales..... 128

**CAPÍTULO VIII**  
**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO**  
**O RESTRINGIDO**

1. Definición ..... 165
2. Antecedentes..... 166
3. Fundamento ..... 167
4. Aplicación del Principio de Oportunidad..... 169
5. Criterios de Aplicación ..... 173

**CAPÍTULO IX**  
**PROCESO MODELO: PROCESO PENAL COMÚN**

1. Investigación Preparatoria ..... 180
2. Fase Intermedia ..... 182
3. Etapa de Juzgamiento ..... 184

**CAPÍTULO X**  
**OTROS TIPOS DE PROCESOS**

1. Proceso Inmediato ..... 185
2. Proceso de Terminación Anticipada..... 187
3. Proceso de Seguridad ..... 190

**CAPÍTULO XI**  
**ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

1. Formas de Conocimiento de la Noticia  
Criminal..... 193
2. Informe Policial..... 197

3.	Formalización de la Investigación Preparatoria.....	200
4.	Etapas de Investigación Preparatoria.....	205
5.	Diligencias que se pueden actuar en la Investigación Preparatoria .....	210
6.	Conclusión de la Investigación Preparatoria.....	212
7.	Acusación Directa.....	213

## **CAPÍTULO XII MEDIDAS DE COERCIÓN**

1.	Definición .....	215
2.	Características .....	216
3.	Clasificación .....	219
4.	Principios de las Medidas de Coerción Procesal.....	220
5.	Medidas de Coerción Procesal con Finalidad Cautelar.....	222
6.	Medidas de Limitación de Derechos con Finalidad Probatoria 258 .....	
7.	Medidas con Finalidad Tuitiva - Coercitiva.....	269

## **CAPÍTULO XIII LA PRUEBA**

1.	Definición .....	271
2.	Finalidad.....	272
3.	Principios Rectores de la Prueba.....	273
4.	Objeto de Prueba .....	279
5.	Diferencia entre Actos de Investigación y Actos de Prueba.....	282
6.	Principios de la Actividad Probatoria .....	283
7.	Prueba Anticipada y Prueba Preconstituida .....	284
8.	Clasificación de los Medios de Prueba .....	285
9.	Medios de Prueba Típicos .....	287

**CAPÍTULO XIV  
LA ETAPA INTERMEDIA**

1. Definición .....	317
2. Alternativas del Fiscal al Concluir la Investigación Preparatoria .....	317
3. Audiencia Preliminar o de Control de la Acusación .....	323
4. Auto de Enjuiciamiento .....	325
5. Auto de Citación a Juicio .....	326
6. Formación del Expediente Judicial .....	327
7. Órganos Jurisdiccionales encargados del Juzgamiento .....	328

**CAPÍTULO XV  
EL JUZGAMIENTO**

1. Definición .....	331
2. Principios .....	332
3. Desarrollo del Juicio Oral .....	341
4. Suspensión e Interrupción del Juicio Oral .....	361

**CAPITULO XVI  
SENTENCIA PENAL**

1. Etimología .....	363
2. Definición .....	363
3. Estructura .....	364
4. Lectura de Sentencia .....	365
5. Clasificación .....	366

**CAPÍTULO XVII  
MEDIOS IMPUGNATORIOS**

1. Generalidades .....	371
2. Los Recursos .....	377

3. Recursos previstos en el Nuevos Código Procesal Penal .....	381
---	-----

**CAPÍTULO XVIII**  
**LA DEMANDA O ACCIÓN DE REVISIÓN**

1. Definición .....	405
2. Fundamento .....	406
3. Naturaleza .....	406
4. Características .....	407
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>411</b>

# CAPÍTULO I

## GENERALIDADES

### 1. SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

BINDER define al Sistema de Justicia Penal como el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal. La sanción ya no se encuentra en manos de particulares, se ejerce a través del Estado, por lo que se encuentra un conjunto de normas e instituciones ligadas al ejercicio del *ius punendi*.

Este sistema se asienta sobre la trilogía norma, proceso y sanción.

- o **La norma.** Corresponde al derecho penal sustantivo o material (Código Penal y Leyes Penales Especiales), en el cual se encuentra la imputación abstracta realizada por los legisladores, la calificación de un hecho como delito o falta y su correspondiente sanción.
- o **El proceso o juicio.** Comprende un conjunto de actos de investigación o instrucción y de juzgamiento de aquellas conductas punibles, regulado en una parte del país por el Código de Procedimientos Penales de 1940 y algunos artículos vigentes del Decreto Legislativo N° 638 (Código

Procesal Penal de 1991), referidos a los temas de principio de oportunidad, detención, comparecencia, libertad provisional y diligencias especiales; y en otra parte, el Código Procesal Penal de 2004 (Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua, Arequipa, Cusco, Puno, Madre de Dios, Piura, Tumbes, Lambayeque, Ica, Cañete, Lima este y centro para delitos contra la Administración Pública).

- o **La ejecución de la sanción impuesta por el órgano jurisdiccional.** Se encuentra a cargo de la administración penitenciaria (INPE) y está regulada por el Código de Ejecución Penal de 1991.

Cada una de estas instituciones se interrelacionan de tal manera que una no sería posible sin las otras. El derecho sustantivo se aplica a los casos concretos a través de una sentencia que surge de un proceso regulado por el derecho instrumental o formal, y la sanción impuesta en dicha sentencia se va a ejecutar según las normas del derecho de ejecución penal.

Por lo señalado, en el sistema punitivo o de control penal, el proceso cumple la función de instrumento o medio para la aplicación del derecho penal sustantivo. Lo afirmado tiene acogida en la definición que desarrolla GARCÍA RADA sobre el Derecho Proceso Penal: «Es el medio legal para la aplicación de la ley penal (...)».

El Código de Procedimientos Penales está reñido con el sistema que hoy se propugna: un Sistema que, más allá de apostar por la eficacia punitiva,

pretende establecer un equilibrio entre eficacia y garantías.

## 2. DEFINICIÓN DE PROCESO PENAL

El Estado se interesa por la sanción de hechos calificados como delitos o faltas en la ley penal, pues, como representante de la sociedad, su deber es velar por la tranquilidad y seguridad de la comunidad.

Como el Estado en el proceso penal es titular de la pretensión (aplicación de la ley penal) y tiene a su vez la potestad de sancionar (*ius punendi*), no puede hacerlo directamente; tiene que someter su pretensión a los órganos jurisdiccionales.

La palabra proceso viene de la voz latina «*procedere*», que significa avanzar en un camino hacia determinado fin. Precisamente el proceso penal es el camino por recorrer entre la violación de la norma y la aplicación de la sanción. El proceso penal es el conjunto de actos previos (instrucción y juzgamiento) a la aplicación de una sanción, realizados exclusivamente por los órganos jurisdiccionales.

El proceso penal comprende un conjunto de actos consecutivos y concatenados generados por la comisión de un hecho punible y dirigido a un fin: la aplicación de la sanción.

DE LA OLIVA SANTOS define al proceso penal como el instrumento esencial de la jurisdicción. Este autor señala: «... no es posible decir instantáneamente el Derecho en casos concretos del ámbito civil, mercantil, laboral, etc., tampoco es posible esa instantaneidad para el Derecho penal respecto de

conductas humanas que, por su apariencia de delito o de falta, exijan el pronunciamiento jurisdiccional. A este pronunciamiento se llegará mediante una serie o sucesión de diferentes actos, llevados a cabo a lo largo del tiempo, proyectados sobre un concreto objeto...».

Y luego añade: «Un proceso es, sí, una realidad, pero no una realidad espontánea fruto de la voluntad libre de determinados sujetos, como lo es la compraventa o el préstamo, sino una realidad querida por la ley y que se disciplina por normas jurídico - positivas, sin perjuicio de la vigencia y efectividad de ciertos principios generales del Derecho...».

Al definir el procedimiento judicial CÉSAR AZABACHE, considera que es un sistema de condiciones impuestas para el ejercicio de la jurisdicción, pero que también regula actividades propias de las partes.

Cuando se trata de establecer una definición del proceso se congregan algunas particularidades: que es el medio para aplicar la norma penal sustantiva a casos concretos, que es el instrumento esencial de la jurisdicción, que son pasos ordenados e interrelacionados, que está sujeto a un conjunto de condiciones. Lo cierto es que el proceso es un método de solución de conflictos intersubjetivos que, en el ámbito penal, superan el interés particular y tienen trascendencia social. El atentado o menoscabo de bienes jurídicos interesa al Estado puesto que pone en cuestión el orden preestablecido y la seguridad de sus ciudadanos.

ALVARADO VELLOSO afirma: «El proceso es un medio pacífico de debate mediante el cual antagonistas dialogan entre sí para lograr la resolución por una autoridad de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad».

### 3. CARACTERÍSTICAS

De la definición del proceso penal se pueden extraer las siguientes características:

- o **Los actos del proceso son realizados por los órganos jurisdiccionales preestablecidos en la Ley.** Estos órganos acogen la pretensión punitiva del Estado –que no puede juzgar y sancionar directamente sin un proceso previo– y aplican la ley penal al caso concreto. Este enunciado hace referencia al principio de Juez Natural que constituye una garantía de la independencia jurisdiccional.
- o **Tiene un carácter instrumental.** A través de él se aplica la norma del derecho penal sustantivo al caso concreto. CARNELUTTI señala que « (...) el proceso penal regula la realización del Derecho Penal objetivo y está constituido por un complejo de actos en el cual se resuelve la punición del reo». Se afirma, por ello, que el proceso penal no es contingente sino necesario, puesto que es el instrumento esencial para darle efectividad al Derecho Penal sustantivo.
- o **Tiene la naturaleza de un proceso de cognición,** puesto que el Juez Penal parte de la incertidum-

bre sobre la comisión del delito y la responsabilidad, y a través de la actividad probatoria puede llegar a la certeza o convicción sobre dichos aspectos. Se establece que existen tres niveles de conocimiento en un proceso penal: **la probabilidad, la posibilidad y la certeza**. El Juez Penal no conoce directamente los hechos, llegan a él afirmaciones sobre éstos, que funcionan como hipótesis cuya confirmación deberá efectuarse en el proceso.

- o **El proceso penal genera derechos y obligaciones entre los sujetos procesales**, se reconocen diversos intereses y pretensiones que se enfrentan, en algunos casos, y en otros, coadyuvan (Juez, Ministerio Público, Imputado, Parte Civil y Tercero Civilmente Responsable). Por el proceso surgen entre los sujetos procesales relaciones jurídicas de orden público, en consecuencia derechos y obligaciones. V.gr.: El deber del Juez de motivar sus resoluciones, el derecho de defensa del inculgado, etc.
- o **La indisponibilidad del proceso penal**. Este proceso no puede desaparecer ni adquirir una fisonomía distinta por voluntad de las partes. Las partes no tienen libre disponibilidad del proceso -como en el proceso civil- y aunque quieran, no pueden exonerar de culpa. Sin embargo, se contemplan algunas excepciones como la conciliación en las querellas y la aplicación del principio de oportunidad en algunos delitos.
- o El objeto principal del proceso penal, como lo llama PIETRO CASTRO, es **investigar el acto**

**cometido**, el cual debe ser confrontado con los tipos penales. Pero también es importante **la restitución de la cosa de la que se ha privado al agraviado o la reparación del daño causado con el delito**.

- o Para que se dé el proceso penal, es necesario que exista un hecho o acto humano que se encuadre en un tipo penal y, además, que **pueda ser atribuido a una persona física en el grado que sea, como autor, coautor, instigador o cómplice**.

#### 4. SISTEMAS PROCESALES

En la evolución histórica del proceso penal se han dado diferentes modelos de sistemas procesales, cuyas características se sustentan en concepciones ideológicas, religiosas y sociales vigentes cuando estos modelos surgieron.

- o **SISTEMA ACUSATORIO**

Es el primer sistema en la historia. Desarrollado inicialmente en Grecia, alcanza su mayor apogeo en Roma y en el Imperio Germánico; resurge después en la época de esplendor de las ciudades italianas. Cae en desuso completamente en el Siglo XVI en Europa continental.

Se caracteriza por la división de funciones: acusación y decisión. La primera compete en un primer momento sólo al ofendido y sus parientes, más tarde se amplía a cualquier ciudadano. La segunda corresponde al Juez, quien estaba sometido a las pruebas que presentaran las par-

tes, sin poder establecer una selección de las mismas ni investigar. El proceso se desarrolla según los principios de contradictorio, de oralidad y publicidad.

MAIER va a destacar las características de este sistema de la siguiente manera:

- La jurisdicción penal residía en tribunales populares, verdaderas asambleas del pueblo, que aparecían como un árbitro entre las partes, acusador y acusado.
- La persecución penal estaba en manos del ofendido, no de un órgano del Estado. Así, la persecución era privada, y en algunos casos era popular, porque se concedía el derecho de perseguir a cualquier ciudadano.
- El acusado era colocado en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica no variaba decididamente hasta la condena.
- El procedimiento en lo fundamental era un debate, público, oral, continuo y contradictorio.
- En la valoración de la prueba imperaba el sistema de la íntima convicción, conforme al cual los jueces deciden votando, sin sujeción o regla alguna, sobre el valor de los medios de prueba.

#### o SISTEMA INQUISITIVO

El sistema inquisitivo aparece con los regímenes monárquicos, se perfecciona con el derecho

canónico *inquisitio ex officio* y se materializa en las legislaciones europeas de los siglos XVI, XVII y XVIII<sup>1</sup>.

Su construcción se atribuye a la Iglesia, desde sus inicios con el pontificado de Inocencio III hasta los decretos del Papa Bonifacio VIII.

El sistema inquisitivo, en contrapartida al sistema acusatorio puro, se fundamenta en que es derecho-deber del Estado promover la represión de

---

<sup>1</sup> "Con arreglo al procedimiento acusatorio, la acción judicial se sustentaba no entre el representante público y el presunto culpable, sino entre este último y la persona privada que iniciaba y sostenía la acción judicial. En el proceso penal acusatorio, desde este punto de vista, se seguía el mismo criterio del procedimiento civil, pudiendo decirse que en el aquel el acusador desempeñaba el papel de demandante, al corresponderle no sólo iniciar el proceso, sino buscar y llevar al mismo los medios de prueba dirigidos a convencer al juez y acarrear la condena del presunto culpable, de acuerdo al principio procesal con arreglo al cual se encomendaba a los particulares la represión de los delitos. Sin embargo, la rigidez del sistema acusatorio determinaba en muchos casos su ineficacia punitiva, y ello acarreó su inaplicación progresiva cuando la mayor abundancia de delitos hizo necesario adoptar criterios represores más sistemáticos. Así, puede decirse que en los reinos europeos del siglo XIII el procedimiento acusatorio apenas era utilizado, lo que no fue óbice para que siguiera considerado durante largo tiempo, al menos teóricamente, como el procedimiento criminal por excelencia. La sustitución del procedimiento acusatorio por un instrumento procesal más eficaz se verificó inicialmente en el campo de la jurisdicción eclesiástica, donde, desde finales del siglo XII, fueron apareciendo toda una serie de innovaciones dirigidas a potenciar una intervención del juez más activa y autónoma en las causas criminales por delitos eclesiásticos. Entre esos nuevos elementos procesales ocupa un lugar preeminente la actuación "inquisitiva" (de inquisito = búsqueda), con arreglo a la cual al juez le bastaba para iniciar sus actuaciones con que la autoría del hecho delictivo constase de modo público y notorio. El considerable mayor grado de eficacia punitiva de esta nueva modalidad del proceso penal permitió que en la práctica se convirtiese en la más usual, no sólo en el ámbito canónico, sino en el de la jurisdicción ordinaria, en una tendencia que ha llegado hasta nuestros días." (AGUILERA BARCHET, Bruno. El procedimiento de la Inquisición Española, 1933, Pág. 334-335).

los delitos, la cual no puede ser encomendada ni delegada a los particulares: *inquisitio est magis favorabilis ad reprimendum delicta quam accusatio* (la inquisición es más favorable que la acusación para reprimir delitos). Según este sistema, las funciones de acusación y decisión están en manos de la persona del Juez. El proceso se desarrolla de acuerdo con los principios de la escritura y el secreto.

MAIER, al referirse a este sistema, señala que el objetivo fundamental del procedimiento era averiguar la verdad, sin reparar que los medios eran humillantes para el acusado. La tortura fue considerada como el medio idóneo para obtener la confesión del acusado.

Las notas comunes del modelo inquisitivo son:

- El monarca o el príncipe era el depositario de toda la jurisdicción penal, y en él residía todo el poder de decisión.
- El poder de perseguir penalmente se confundía con el de juzgar, ya que era colocado en manos de la misma persona, el inquisidor.
- El acusado representaba un objeto de persecución, en lugar de un sujeto de derecho con la posibilidad de defenderse de la imputación, por lo cual se utilizaban métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión.
- El procedimiento consistía en una investigación secreta, cuyos resultados constaban por escrito. Se caracterizaba por la discontinuidad, falta de debate y delegación.

- Se utilizaba el sistema de prueba legal, y abrió paso a la tortura para obtener la confesión.

Sobre los sistemas anteriormente desarrollados consideramos importante la cita de LUIGI FERRAJOLI:

«Hechas estas indispensables consideraciones, me parece que la dicotomía acusatorio - inquisitivo es útil para designar una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de juez, y en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos, y, por tanto, entre dos tipos de juicios.

Precisamente se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que conciba al Juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y juicio común a contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el Juez a su libre convicción.

A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados, la contradicción y el derecho de defensa».

#### o **SISTEMA MIXTO**

Este sistema, que surge con el advenimiento del Iluminismo y de la Revolución Francesa, por consiguiente del Estado Moderno, significó un relativo avance en el proceso penal.

En este sistema de lo que se trata - señala LEONE - es de armonizar dos exigencias aparentemente opuestas:

- Que ningún culpable escape del castigo.
- Que nadie sea sometido a pena si no se demuestra su responsabilidad, y solamente en los límites de ella.

En el sistema mixto, el proceso penal se estructura en dos etapas:

**La fase de instrucción**, inspirada en el sistema inquisitivo (escrita y secreta) que se realiza ante el Juez.

**La fase del juicio oral**, con marcado acento acusatorio (contradictorio, oral y público) que se realiza ante un Tribunal.

La persecución penal es encomendada a un órgano del Estado: el Ministerio Público, mientras que la instrucción -la investigación del hecho, la selección y valoración de la prueba - corresponde al órgano jurisdiccional. Asimismo, el imputado es sujeto de derechos y se le otorga las garantías de un debido proceso.

#### o SISTEMA INQUISITIVO REFORMADO

Corresponde a un proceso que tiene las características propias del modelo inquisitivo: control del Juez que no sólo investiga sino que también decide, una investigación escrita y reservada en la cual están ausentes los principios de publicidad, oralidad y contradicción.

Pero por el reconocimiento de garantías y principios fundamentales en la administración de justicia se introduce el derecho de defensa, la presunción de inocencia, la instancia plural, el juez na-

tural, la motivación de las resoluciones, entre otros. Este modelo es el que corresponde al proceso penal sumario regulado por el Decreto Legislativo 124.

#### o NUEVO SISTEMA ACUSATORIO

MAIER señala que la principal característica del sistema acusatorio **reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso**. Por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requiriente; por otro lado el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defensa y, finalmente, el tribunal, que es el órgano dirimente. Todos estos poderes – agrega el autor – se vinculan y condicionan unos a otros.

El Juez, en tanto juzga, no puede investigar ni perseguir, porque se convierte en parte y peligran la objetividad de juicio. Es necesario que el Ministerio Público sea el único órgano del Estado encargado de investigar y no exista una duplicidad de funciones. El Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal de 1992, conocido como «Reglas de Mallorca», apartado A), 2º.1, propone que **«las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora»**.

Bajo el nuevo modelo, las funciones son encomendadas a diferentes órganos:

- La investigación es conferida al Ministerio Público.

- El enjuiciamiento corresponde al órgano jurisdiccional.

**En el sistema acusatorio moderno se fortalecen las funciones del Ministerio Público**, se le dota de atribuciones que permiten una participación más activa y eficaz. El Ministerio Público asumirá la instrucción y tendrá el poder de investigar el delito, y el Juez Penal controlará la legalidad de los actos procesales que ha realizado el fiscal, fortaleciéndose de esa manera el principio de imparcialidad judicial. Ello implica una mejor aplicación del principio de exclusividad en la función jurisdiccional.

El nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957) acoge el modelo acusatorio adversarial o americano, que ya ha sido considerado en los nuevos Códigos en Argentina (Chubut, Buenos Aires), Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Venezuela, Ecuador y Chile.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> En el movimiento de reforma del proceso penal, que se ha dado desde el siglo XIX, se va a plantear una serie de cambios en la concepción del mismo. Entre los más resaltantes se encuentran los siguientes:

Se requiere interpolar, en el proceso penal, las garantías de los derechos humanos, formuladas generalmente en las Constituciones de los Estados, pues se han descubierto derechos procesales en el texto constitucional, tales como: el derecho a ser oído, el derecho a no ser perseguido más que una vez por el mismo delito, entre otros.

La creación de instituciones procesales que garanticen el respeto a la persona humana implicada en el proceso, en lugar de hacer del individuo un objeto.

La configuración del Ministerio Público como autoridad instructora.

La separación de la función decisora y el ejercicio por jueces independientes; en el modelo francés, adoptado por otros muchos países, la separación de la función instructora que será atribuida a un juez de instrucción.

Entre las características de este modelo se encuentran:

- Un proceso en el que existe un verdadero enfrentamiento entre la defensa y la acusación; el Juez tiene una posición imparcial; y se establece un principio de «igualdad de armas».
- La obligación del fiscal no sólo comprende la persecución de delito, sino también la protección del inculgado. Al mismo tiempo, tiene una posición cuasi judicial.
- La intervención judicial va a consistir en lo siguiente: control judicial de la labor de investigación del Fiscal, revisión judicial de las disposiciones del fiscal y control judicial en juicio.
- Se incorpora a la víctima como un sujeto procesal principal, manteniendo límites en su intervención.
- Se incorporan salidas alternativas al proceso, fórmulas resarcitorias, prácticas de conciliación, pretensiones civiles oponibles en el ámbito penal, etc.
- Se introducen mecanismos de control del tiempo, que disciplinen el proceso, se restaura la idea de perentoriedad del proceso.

En el siguiente cuadro se resaltan algunas diferencias notorias entre uno y otro sistema:

---

En 1979, en el Congreso organizado en Hamburgo se estableció todo un inventario de reglas, consideradas como «garantías mínimas» del inculgado.

<p><b>CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES 1940</b></p>	<p><b>NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (Dec. Leg. 957)</b></p>
<p>La policía cumplía un rol preponderante, inclusive calificaba los hechos en el atestado policial.</p>	<p>La policía constituye un apoyo técnico del Ministerio Público, no tiene que calificar los hechos y sólo emite un informe sobre las actuaciones urgentes e inmediatas realizadas en las diligencias preliminares.</p>
<p>El inicio del proceso era determinado por el auto de apertura de instrucción.</p>	<p>El inicio del proceso es determinado por la formalización de la investigación preparatoria.</p>
<p>Las medidas de coerción son dictadas de oficio, incluidas en el auto de apertura de instrucción.</p>	<p>Las medidas de coerción tienen carácter rogado, se adoptan conforme son requeridas en la investigación preparatoria.</p>
<p>Se hacía cargo de la instrucción (investigación) el Juez Penal.</p>	<p>En el nuevo modelo, el Fiscal tiene el monopolio de la carga de la prueba y realmente es el Director tanto de las diligencias preliminares como de la investigación preparatoria. El Juez asume en este nuevo modelo una</p>

	<p>jurisdicción preventiva (controla la legalidad).</p>
<p>El juzgamiento estaba a cargo de una Sala Penal Superior, tratándose de un proceso ordinario, y en un sumario, en manos del Juez que realizó la instrucción.</p>	<p>En el nuevo modelo procesal, <b>los jueces de la investigación preparatoria</b> participan de esta primera etapa del proceso, sin involucrarse en la labor de reunir los elementos de convicción, más bien deciden algunas cuestiones de fondo que se pueden presentar, tales como: constitución de las partes, pronunciamiento sobre medidas limitativas de derechos y medidas de protección, resolución de los medios de defensa; además, jueces encargados del juzgamiento o jueces de conocimiento, encargados del debate oral y la sentencia, los mismos que podrán funcionar como unipersonales o colegiados y que garantizan la imparcialidad.</p>
<p>No existía un momento de saneamiento procesal y probatorio.</p>	<p>El proceso tiene una etapa intermedia entre la investigación preparatoria y el juzgamiento, que consiste en una Audiencia Preliminar, en la cual se resuelven las cuestiones planteadas; además, se</p>

	efectuarán las subsanaciones y correcciones que correspondan a la acusación y la admisión de los medios de prueba.
La investigación policial podía tener valor probatorio cuando estuviera presente en las diligencias efectuadas el Fiscal, y cuando éstas fueran realizadas en la fiscalía con presencia del abogado defensor. También los medios de prueba actuados durante la instrucción podían tener valor de prueba.	En el nuevo modelo procesal se diferencian los actos de investigación de los actos de prueba. Las pruebas sólo pueden surgir de un proceso público y contradictorio.
No existían mecanismos de control de plazos. La instrucción se podía prorrogar a pedido del Ministerio Público o de oficio.	Se introduce el control judicial de los plazos de la investigación preparatoria. Para ello se crea la figura de la “audiencia de control de plazos” convocada por el Juez para decidir la conclusión de esta etapa.
Se acogía el recurso de apelación limitado o restringido, de tal manera que no se podían actuar medios de prueba en	Se acoge el <b>recurso de apelación amplio o ilimitado</b> , que permite actividad probatoria en segunda instancia, por lo cual se podrá conde-

segunda instancia, por lo tanto, no se podía condenar a quien había sido absuelto en primera instancia.	nar a quien fue absuelto en primera instancia.
No existía recurso de casación.	Desaparece el recurso de nulidad. Se introduce el recurso de casación de fondo y forma, considerando la causal de falta de logicidad en la sentencia.
Se establecía un sistema de gratuidad absoluta.	Se consagra una gratuidad relativa, puesto que se regula la condena de costas.

## 5. FINES DEL PROCESO PENAL

Los fines del proceso penal son de dos clases:

- o **Fin general e inmediato**, que consiste en la aplicación del derecho penal, es decir, la represión del hecho punible mediante la imposición de una pena. Como dice ORÉ GUARDÍA: «El proceso penal es el único medio predefinido por la ley, por el cual el derecho penal se afirma y realiza».
- o **Fin trascendente y mediato**, que consiste en restablecer el orden y la paz social.

Para alcanzar estos fines, dentro de un proceso penal se busca la convicción o certeza sobre la comisión del delito y la responsabilidad. Se pre-

tende llegar a un estado psicológico de convencimiento, por el cual, el Juez pueda aplicar la ley penal sustantiva al caso concreto. La certeza es la culminación del proceso penal.

Como rezago del modelo inquisitivo, la verdad tenía en el proceso penal una importancia fundamental; si bien es cierto que el Código de Procedimientos Penales de 1940 no la establece expresamente como objetivo de la investigación penal, se ha asumido que lo hace implícitamente; no se llega al fundamentalismo de la inquisición del medioevo que explicaba y justificaba la necesidad de llegar a la verdad por medio de la confesión y que ésta podía obtenerse incluso con el uso de la tortura; pero sí se reconocen rezagos que justifican la búsqueda judicial de oficio de los medios de prueba, rompiendo la imparcialidad judicial y la igualdad de armas.

SUPERTI señala sobre este tema: «Creo que utilizar el concepto de verdad, de dimensión filosófica, como meta del proceso es una pretensión de imposible satisfacción. El proceso no puede alcanzar la verdad, al Juzgador no se le puede pedir que logre la verdad porque es lo mismo que pedir al navegante que se guía por una estrella que llegue a esa estrella. Distinto es plantear que el juzgador debe buscar la verdad en base a los elementos que le suministra el proceso y que llegue a un estado subjetivo de honesta certeza, la que podrá ser positiva o negativa (sin que ella coincida necesariamente con la verdad) o de duda».

El sistema acusatorio no rinde culto sin límites a la verdad; la búsqueda de ella debe realizarse dentro de ciertos límites que garanticen el respeto a los derechos fundamentales.

## 6. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCESO CIVIL Y PENAL

CARNELUTTI, al desarrollar este tema, considera que en el proceso civil se presenta el juego de lo mío y de lo tuyo, mientras que lo que se juega en el proceso penal es la libertad; asimismo, señala: «El desarrollo de la distinción profunda entre los dos procesos el civil y el penal, e incluso entre los dos Derechos se termina con la fórmula: en lo civil se lucha por tener, y en lo penal, por el ser. Y así se esclarece el porqué del interés de los hombres por uno y el desinterés por el otro (...)».

DE LA OLIVA SANTOS sostiene que la esencia del proceso penal no es distinta de la del proceso civil. El papel de uno y de otro es idéntico: ambos son instrumentos imprescindibles de un *ius dicere* que no puede ser instantáneo ni puede producirse *ex impromptu* o de repente, como resultado de una pretendida iluminación de un juez justiciero. Las normas y estudios sobre el proceso penal tienen, para la protección jurídica penal, la misma importancia que, respecto al Derecho civil y mercantil, presentan los preceptos y los esfuerzos intelectuales relativos al proceso civil.

En el siguiente cuadro se presentan algunos aspectos distintivos entre ambos procesos:

PROCESO PENAL	PROCESO CIVIL
Su objeto es la pretensión punitiva del Estado derivada de un hecho previsto como delito.	Su objeto generalmente es una pretensión de una prestación de derecho privado.
La parte tiene un significado especial e impropio, el interés que determina el proceso es siempre público y la pretensión punitiva no está a disposición de los sujetos del proceso.	Litigan dos partes, verdaderas y propias, con perfecta paridad de trato, por medio de representantes, con amplios poderes de disposición (conciliar, transigir, desistir, etc.).
El Ministerio Público tiene la obligación funcional de ejercitar la acción y es el titular de la carga de la prueba.	La acción civil es facultativa, y tiene la carga de la prueba quien afirma hechos.
La confesión no es suficiente, la aceptación por parte del procesado debe ser corroborada con otros medios de prueba y el silencio es parte de su derecho de defensa.	La sola confesión de parte es suficiente si se trata de derechos disponibles, e incluso hay ocasiones en que basta el silencio. Éste último genera una presunción relativa de verdad sobre los hechos expuestos en la demanda.

## CAPÍTULO II

### PRINCIPIOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL

**Los principios procesales son conceptos jurídico - procesales fundamentales, ideas rectoras y básicas que orientan la actividad procesal.** DE LA OLIVA SANTOS señala: «Los principios no obedecen a consideraciones de conveniencia, sino a exigencias elementales de justicia, perceptibles como tales por cualquier persona no deshumanizada».

**Las garantías son esos mismos principios que, debidamente recordados y conscientemente aplicados a un caso concreto, constituyen una seguridad y protección contra la arbitrariedad estatal en la aplicación de la Ley Penal.** Las Garantías Procesales constituyen una forma de protección o seguridad del individuo frente al poder estatal.

El legislador peruano ha incorporado determinados derechos en la Constitución (artículo 139°) y les ha dado la categoría de fundamentales, es decir, de protección especial, a pesar de que la mayoría de ellos es procesal. Se ha producido el llamado fenómeno de la «**constitucionalización del proceso**». Con estos derechos de carácter procesal penal se

busca, en definitiva, una sentencia justa, y establecer en el Proceso Penal una relación simétrica, esto es, que el inculpaado cuente con una serie de instrumentos para enfrentar la pretensión punitiva del Estado.

## 1. PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD Y UNIDAD EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Frente al impedimento de hacer justicia por propia mano, salvo en los casos de legítima defensa, la función jurisdiccional debe entenderse como **aquella función del Estado que consiste en dirimir conflictos intersubjetivos.**

Se encarga al Poder Judicial la tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos, la sanción de los actos delictivos, el control difuso de la constitucionalidad y el control de la legalidad de los actos administrativos. El artículo 139° inciso 1) de la Constitución consagra la exclusividad en el cumplimiento de esta función.

El Poder Judicial tiene el monopolio del proceso, porque se requiere un conocimiento único y singular para declarar el derecho. No se permite la fragmentación: la función jurisdiccional es ejercida por una entidad «unitaria». El Poder Judicial es una unidad orgánica, debido a que todos sus niveles o grados responden a una naturaleza monolítica.

Sobre el principio de unidad de la función jurisdiccional, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente: «(...) se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes ha de estar con-

fiada a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial (...)». (Sentencia recaída en el Exp. N° 017-2003-AI/TC).

La organización no gubernamental JUSTICIA VIVA expresa: «(...) el principio de unidad jurisdiccional conlleva que todos los jueces han de sujetarse a un estatuto orgánico único, el que será de naturaleza y características que garanticen la independencia. En última instancia, entonces, el principio de unidad jurisdiccional ha de entenderse como una garantía de independencia judicial, lo que acarrea los siguientes rasgos comunes a toda judicatura ordinaria:

- I. Estatuto personal único.
- II. Jueces técnicos (letrados) y de carrera.
- III. Formación de un cuerpo único (el Poder Judicial).
- IV. Sujeción a los órganos de gobierno del Poder Judicial.

La exclusividad en la función jurisdiccional tiene sus excepciones:

#### o JURISDICCIÓN ARBITRAL

El arbitraje, regulado por el Decreto Legislativo 1071, es uno de los medios alternativos de resolución de conflictos – como la negociación, mediación y conciliación –, mediante el que las partes someten su controversia a un tercero que decide mediante un laudo que tiene carácter vinculante. El árbitro carece de algunos de los

atributos de la jurisdicción (*coercio y executio*), y, por ello, no existe esta jurisdicción en puridad.

Nuestro Tribunal Constitucional, refiriéndose a este fuero, ha señalado que: *“el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional.”* (STC. N° 7641-2005-PA/TC)

#### o JURISDICCIÓN MILITAR

El artículo 173° de la Constitución vigente establece que este fuero limita su poder de declarar el derecho al ámbito castrense, es decir, a las infracciones cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en ejercicio de sus funciones, previstas en el Código de Justicia Militar.

La jurisdicción militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene: *«(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal*

(...)». (Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 24 de septiembre de 1999, parágrafo 71).

Cabe comentar en este punto que la política que se implementó para luchar contra la subversión permitió que el fuero militar se hiciera cargo del juzgamiento de civiles a los que se imputaba el delito de terrorismo en su modalidad de traición a la patria, siendo responsable el Estado peruano por este hecho ante la comunidad internacional debido a la vulneración de la garantía del Juez Natural que finalmente llegaron hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Casos Castillo Petruzzi, Loayza Tamayo, Cantoral Benavides, Lori Berenson, etc). A raíz de este grave cuestionamiento, el Tribunal Constitucional peruano realizó una interpretación literal del artículo 173º de la Constitución, en virtud del cual no se autorizaba, en realidad, que civiles sean juzgados por tribunales militares, sino que los casos de terrorismo debían juzgarse según el procedimiento previsto en el Código de Justicia Militar (STC. N° 010-2002-PI/TC).

Se ha establecido en nuestro país que la existencia del fuero militar no es materia debatible, al encontrarse prevista en la Constitución, sino una excepción a la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial (STC. N° 0001-2009-PI/TC), que se encarga de conocer los denominados delitos de función. Se consideran los siguientes criterios para la determinación de la competencia del Poder Judicial:

- a) Que, se trate de conductas que afectan **bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional**, es decir, institucionales.
  - b) Que, el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba **en situación de actividad**; formándose un círculo de autores.
  - c) Que, la acción típica se perpetre **en acto de servicio, es decir, con ocasión de él**. (Competencia N° 18-2004).
- o **JURISDICCIÓN COMUNAL Y NATIVA**

El artículo 149° de la Constitución permite a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas administrar justicia dentro de su ámbito territorial y de conformidad al derecho consuetudinario, siempre que no vulneren los derechos fundamentales de la persona. Esta jurisdicción se debía ejercer en coordinación con los juzgados de paz y demás instancias del Poder Judicial.

Este tema adquiere mayor trascendencia, en virtud al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y nativos, siendo posible afirmar que el Perú es un Estado pluricultural, donde además, en un mismo territorio, subsisten sistemas jurídicos diferentes (pluralismo jurídico). A raíz de lo indicado, se han establecido algunos lineamientos para el desarrollo del fuero comunal (que puede ser ejercido por las rondas campesinas) sobre determinadas conductas consideradas delictivas. Para ello será necesario considerar:

- a) La existencia de una norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la ronda campesina.
- b) Esta norma tradicional sólo podrá comprender la defensa y protección de intereses comunales o de un miembro de la comunidad.
- c) Se deben tratar de problemas internos de la Comunidad.
- d) La intervención de la justicia comunal no sólo está condicionada a la localización geográfica de la conducta, sino también al ámbito cultural (afectar a un poblador, a alguna institución comunal o valores o bienes jurídicos tradicionales).

El límite que se establece a este poder está dado por el denominado factor de congruencia, que no es otro que el respecto al núcleo duro de los derechos fundamentales (A.P. N° 1-2009).

## 2. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La independencia jurisdiccional se encuentra prevista en el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución vigente.

La independencia jurisdiccional significa que ninguna autoridad – ni siquiera los magistrados de instancias superiores – pueden interferir en la actuación de los jueces.

La independencia es distinta de la autonomía. **La autonomía corresponde al ámbito administrativo.** El Poder Judicial es independiente en lo ju-

risdiccional y autónomo en lo administrativo (determina su propia organización y presupuesto).

Sobre la independencia jurisdiccional, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente: «La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos, aunque sujetos a las reglas de competencia».

El principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas:

- a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.
- b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción.
- c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia. Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce». (STC. N° 0023-2003-AI/TC-Lima).

Puede confundirse la independencia con la imparcialidad. Sin embargo, la primera se refiere al Juez frente a influencias externas (se denomina imparcialidad objetiva o estructural)<sup>3</sup>; la segunda, en cambio, al Juez respecto a las partes y el objeto mismo del proceso (imparcialidad subjetiva o funcional). La imparcialidad judicial se recoge en el artículo I.1 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, puesto que se busca un Juez dirimente que únicamente se dedique a resolver.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Castillo Petruzzi sostuvo lo siguiente: «El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate

---

<sup>3</sup> “Un Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...) debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)” (Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984)”.

Esta teoría, llamada de la apariencia y formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el brocardo “justice must not only be done; it must also be seen to be done” [no sólo debe hacerse justicia, sino también parecerlo que se hace], no consiente que, en abstracto, este Tribunal pueda establecer cuáles son esas condiciones o características de orden orgánico o funcional que impiden que un juzgador pueda ser considerado como un ente que no ofrece una razonable imparcialidad. Su evaluación, por el contrario, debe realizarse en cada caso concreto (Caso Delcourt vs. Bélgica, de 17 de enero de 1970, párrafo 31).

contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador».

ALVARADO VELLOSO afirma que las garantías se pierden en el mismo momento en que el Tribunal deja de ser tercero imparcial e imparcial, porque sin ello no hay debido proceso, no hay defensa, no hay igualdad.

Este mismo autor agrega: «...el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter, para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las partes (independencia)».

### 3. TUTELA JURISDICCIONAL Y OBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO

Estos principios se encuentran consagrados en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución vigente.

El derecho a la tutela jurisdiccional comprende:

- a) El derecho que tiene todo ciudadano para **acceder a la justicia y ser oído** por el órgano jurisdiccional.
- b) El derecho a **obtener una resolución de fondo** fundada en derecho.

c) El derecho a **la ejecución de esa resolución.**

Respecto a la observancia del Debido Proceso, MIXÁN MASS señala: «(...) el principio del Debido Proceso implica correlativamente:

- a) Deber jurídico-político que el Estado asume en el sentido de que **garantiza que su función jurisdiccional se adecuará siempre a las exigencias de la legitimidad**, de acuerdo con las particularidades de cada área y las exigencias de la eficiencia y eficacia procesales. Los responsables directos de cumplir con ese deber son los funcionarios de los órganos que asumen todo lo inherente a la función jurisdiccional del Estado.
- b) Es, a la vez, un derecho para quienes se encuentren inmersos en una relación jurídico-procesal. Es un derecho **a exigir que se cumpla con la aplicación de dicho principio desde el inicio hasta la finalización del procedimiento».**

Nuestro Tribunal Constitucional al referirse a la relación entre ambos principios ha señalado que la tutela judicial efectiva es el marco y el debido proceso una expresión específica, por lo que:

*“Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento del derecho dentro del que se produjo la crisis de cooperación que da nacimiento al conflicto que el órgano jurisdiccional asume para su solución a quienes intervienen en él.”* (STC. N° 3282-2004-HC/TC)

#### 4. PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL, LEGAL O PRE-DETERMINADO

Este principio está consagrado en el segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. **Se refiere a la existencia de un instructor o juzgador antes de la comisión del delito.** La razón de este principio es la eliminación de toda sospecha de imparcialidad y falta de ecuanimidad del juzgador.

El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresado en términos dirigidos a evitar que un individuo sea juzgado por «órganos jurisdiccionales de excepción» o por «comisiones especiales» creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Sobre la creación de los juzgados y salas anticorrupción, el Tribunal Constitucional se pronunció de la siguiente manera: «...aun cuando de la lectura del artículo 1° de la mencionada resolución se pudiera tener la sensación de que dichos Juzgados y Sala Penal Especial se crearon con el objeto de «atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en diversos niveles en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres, esto es, como si fueran jueces nombrados para resolver la situación jurídica de una persona y, por tanto vulnerando el principio de igualdad; sin embargo, de la lectura integral de los demás artículos de la misma resolución y, en particular, del último de ellos, se colige que se trata de órgano propios de la jurisdicción ordinaria, cuya designación no se sustenta en el criterio de la persona que se va a juzgar, sino en el de la sub-especialización en el seno de la justicia penal, derivado de las particularidades exigencias que se desprenden de un conjunto de ilícitos penales practicados desde las más altas instancias gubernamentales. De ahí que se haya dispuesto la autorización para contratar personal auxiliar, la prestación de apoyo técnico y financiero, la adopción de medidas de protección de los jueces competentes así como de medidas especiales para la custodia de los medios probatorios.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera legítimo que se puede disponer una sub-especialización en el ámbito de la justicia penal, si es que los motivos que la justifican persiguen garantizar la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes. Por lo de-

La Ley determina qué órganos se harán cargo de la instrucción y juzgamiento del delito, para evitar que se cometan arbitrariedades por parte de personas interesadas o funcionarios que actúen según las circunstancias.

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional ha señalado: «Constituye, a la vez, de un derecho subjetivo, parte de «modelo constitucional del proceso» recogido en Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener la calidad de debido».

No basta que el derecho al Juez Natural sea recogido por los textos constitucionales, sino es necesario instaurar aquellos institutos que doten a los justiciables de los medios para llevar el uso del derecho al terreno práctico. V.gr.: el reconocimiento del derecho a recusar a los magistrados.

## **5. DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE**

Este derecho implícito en la norma constitucional, pero expresamente reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, ha generado importantes cuestionamientos al sistema procesal anterior, que fue considerado excesivamente moroso. Este tema alcanzó mayor trascen-

---

más, su objetividad está fundamentada en consideraciones tales como la naturaleza del delito, la complejidad del asunto, la carga procesal y las «particulares exigencias del servicio» (Corte Constituzionale, Sentenza N.º 174/1975)».

(Caso: Habeas Corpus interpuesto por Eduardo Martín Calmell del Solar Díaz - Expediente 0290-2002-HC/TC).

dencia cuando el Tribunal Constitucional **dispuso el sobreseimiento de una causa penal debido a la pérdida de la legitimidad punitiva**. El proceso debe tener un límite temporal, y la inobservancia de esta garantía tiene como consecuencia la prohibición de continuar con la persecución (STC N° 03509-2009-PHC/TC).

Se considera este derecho como una **garantía mínima del Debido Proceso legal**, que de acuerdo a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo al Tribunal Europeo, debe **evaluarse en forma global** tomando en consideración jurisprudencia supranacional. Se considera que debe computarse el plazo razonable desde el momento de la aprehensión de la persona (Caso ante la CIDH Rosero vs. Ecuador) o, si no tiene esta medida, desde que la autoridad judicial tiene conocimiento del caso (Caso de CIDH Tibi vs. Ecuador); y finaliza cuando se expide sentencia definitiva o firme o cuando se agota la jurisdicción (Caso ante la CIDH Rosero vs. Ecuador).

El derecho a ser juzgado en un “plazo razonable” tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice de manera inmediata.

Para determinar la razonabilidad del plazo de acuerdo a la CIDH, se deben considerar cuatro criterios (STC. N° 05350-2009-PHC/TC):

<p><b>LA COMPLEJIDAD DEL ASUNTO</b></p>	<p>Se tiene que evaluar aspectos de hecho y derecho del caso concreto, tales como los referentes al esclarecimiento de los hechos, el análisis jurídico de los mismos, las dificultades en la obtención de la prueba, la pluralidad de inculpadados o agraviados, entre otros.</p>
<p><b>LA ACTIVIDAD O CONDUCTA PROCESAL DEL IMPUTADO</b></p>	<p>Puede ser determinante para la pronta resolución del caso o para su demora el que el imputado realice una conducta obstruccionista, que advierte por el uso abusivo e innecesario de los instrumentos que le otorga la ley procesal.</p>
<p><b>LA CONDUCTA DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES</b></p>	<p>Para evaluar el comportamiento de las autoridades judiciales es necesario tener presente: la insuficiencia o escasez de los tribunales, la complejidad del régimen procesal; y si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a la pronta resolución del proceso penal.</p>
<p><b>LA AFECTACIÓN GENERADA EN LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA INVOLUCRADA EN EL PROCESO</b></p>	<p>Determinar si el paso del tiempo del proceso penal incide o influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica (derechos y deberes) del demandante.</p>

## 6. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Una de las garantías de la correcta administración de justicia es la publicidad que se establece en el inciso 4) del artículo 139° de la Constitución y en el artículo I.2 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

Por este principio, **la opinión pública tiene la oportunidad de vigilar el comportamiento de los jueces**, sea a través de los particulares que asisten a las audiencias o por intermedio de los periodistas que cubren la información.

Se considera como un elemento positivo del proceso penal que permite promover la confianza en los órganos judiciales y tiene un carácter negativo, porque evita el secretismo en el servicio de justicia, que no debe escapar del control público.

En la doctrina moderna se tiene en cuenta dos tipos de publicidad:

- o **La publicidad interna**, que se refiere al derecho que les asiste a los protagonistas, desde el inicio del proceso, a tener acceso a todos los documentos e información, incluida la consignada en el informe policial. Los sujetos procesales están facultados para solicitar copias de las actuaciones insertas en el expediente fiscal o judicial, así como de las primeras diligencias (artículo 138°). De manera excepcional, el Fiscal puede disponer el secreto de alguna diligencia o documento cuando se pueda dificultar la investigación (artículo 324°.2).
- o **La publicidad externa**, que corresponde al derecho de la ciudadanía de asistir a las etapas fun-

damentales del proceso, como el juzgamiento y la expedición de la sentencia.

SUPERTI afirma que los procesos ocultos, secretos, cuya reserva se justifica invocando una pretendida asepsia de los que juzgan, genera dos consecuencias peligrosas: 1° Alta vulnerabilidad del órgano jurisdiccional frente a presiones o influencia, y 2° Un Poder Judicial enigmático, casi sobrehumano, ajeno al sentir de la comunidad, la que por desconocimiento le tiene desconfianza y temor.

El Tribunal Europeo (caso Weber, mayo de 1990) señaló que el derecho a que los debates sean públicos constituye una premisa básica para que pueda hablarse de un juicio equitativo. Es una forma eficaz de evitar la arbitrariedad o al menos controlarla.

Sin embargo, la publicidad en los juicios penales no es absoluta ya que se puede limitar. Los Tribunales pueden disponer el ingreso de determinado número de personas o realizar la audiencia en forma privada. Esta limitación puede fundarse en razones de moralidad, orden público, seguridad nacional, por la intimidad de las personas involucradas en el proceso y por la posibilidad de menoscabo de la recta administración de justicia.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14° señala: «La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de orden público o seguridad nacional, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias

especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar el interés de justicia».

El nuevo Código Procesal Penal (artículo 357°.1) prevé la posibilidad de que el juicio oral se realice total o parcialmente en privado, dependiendo de la relevancia de los intereses jurídicos que puedan ser afectados (pudor, orden público, seguridad nacional, orden del juicio, facultad disciplinaria, entre otros).

Será obligatoria la publicidad de aquellos procesos sobre responsabilidad de funcionarios públicos, delitos cometidos por medio de prensa y los que se refieren a derechos fundamentales.

Un problema que plantea la publicidad es la influencia de la opinión pública generada a partir de ella. ZAFFARONI considera que la solución está dada por la correcta selección y en una adecuada formación profesional. Por su parte, SUPERTI afirma que «en lugar de callar la voz del pueblo debe mejorarse el oído de los Jueces».

## 7. PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

La motivación escrita de las resoluciones constituye un deber jurídico de los órganos jurisdiccionales. Así lo establece el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución, garantía que también está expresamente prevista en el artículo II.1 del Título Preliminar del nuevo ordenamiento procesal penal. Por este principio, **la autoridad judicial explica los motivos que ha tenido para fallar de una manera determinada, así como los ciudadanos pueden saber**

**si están adecuadamente juzgados o si se ha cometido alguna arbitrariedad.**

MARINA GASCÓN ABELLÁN sostiene que el sentido de la motivación es evitar el ejercicio arbitrario de un poder. Son dos las funciones que cumple: **una extra-procesal o político-jurídica o democrática**, vinculada al control democrático o externo de la decisión, y otra **endo-procesal o técnico-jurídica o burocrática**, vinculada al control procesal o interno de la decisión.

Esta misma autora agrega: «La función extra-procesal que cumple la motivación consiste en mostrar el esfuerzo realizado por el juez en el juicio de hecho, posibilitando de este modo un control externo o público, y también una función endo-procesal, que puede considerarse como el complemento, facilita el control interno de las decisiones judiciales, garantizando así que la exigencia de actuación racional del poder pueda hacerse efectiva y no quede en una mera proclamación de buenas intenciones».

La motivación debe comprender la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustenta. Las resoluciones, especialmente las sentencias, no sólo tienen importancia para los sujetos procesales, sino adicionalmente ofrecen soluciones que imponen avances en el campo jurídico.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> «Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139º de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegu-

## 8. PRINCIPIO DE LA INSTANCIA PLURAL

Se encuentra establecido en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución. El procesalista CLARÍA OLMEDO señala sobre este principio lo siguiente: «(...) **la doble instancia es garantía de mayor certeza, de control en la apreciación de los hechos e impone una valoración más cuidadosa y meditada por el Tribunal de alzada**».

MIXÁN MASS considera que es una posibilidad que permite que las resoluciones judiciales puedan merecer revisión y modificación si fuera el caso, por la autoridad superior. No admitir este principio podría significar caer en una forma de absolutismo en materia de decisiones judiciales.

MONTERO AROCA sostiene que en sentido jurídico estricto, cuando se habla de doble grado o doble instancia, se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos

---

*rando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.*

*La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.*

*Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver».*

*(Caso: Habeas Corpus interpuesto por César Humberto Tineo Cabrera - STC. N° 1230-2000-HC-TC).*

sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero.

En el proceso penal ordinario existen dos instancias: las Salas Penales de la Corte Superior y la Sala Penal de la Corte Suprema. En el proceso penal sumario: el Juez Penal, quien tiene la facultad de fallo, y las Salas Penales de la Corte Superior.

DE LA OLIVA SANTOS deja claro qué debe entenderse por segunda instancia y afirma: «no es todo el conjunto de actos procesales por los que el tribunal revisa, en virtud de apelación, cualquier resolución de otro órgano jurisdiccional, **sino el conjunto de actos procesales originados por la apelación contra la sentencia definitiva**, mediante los cuales se puede conocer –con más o menos amplitud– el caso que originó la primera instancia, finalizada por aquella sentencia. Toda segunda instancia se abre mediante la apelación, pero no todo recurso de apelación abre una segunda instancia, no la abre la apelación contra las resoluciones que han dado en denominarse interlocutorias».

El nuevo Código Procesal Penal consagra en su Título Preliminar una de sus manifestaciones, el denominado **principio de recurribilidad** (artículo I.4), en virtud del cual las decisiones adoptadas en un proceso son susceptibles de cuestionarse o atacarse, salvo disposición contraria establecida en la Ley.

DE LA OLIVA SANTOS afirma que la previsión legal de la posibilidad de recurrir debe entenderse

como la atribución a la parte de un derecho subjetivo procesal, por lo cual queda en su arbitrio el ejercer o no dicha atribución.

Sobre el derecho a recurrir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló lo siguiente: *“El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. (...) Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el Tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer el caso concreto (...)”* (Caso Ulloa Herrera vs. Costa Rica).

## 9. PRINCIPIO DE LEGALIDAD O INDISCRECIONALIDAD

En el proceso penal el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional deben actuar con sujeción a las normas constitucionales y demás leyes.

**No se puede procesar ni condenar por una acción u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificada en la ley, de manera expresa e inequívoca, como delito o falta; de igual manera no se puede aplicar una pena que no esté prevista en la ley (parágrafo d) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución).**

MUÑOZ CONDE señala: «Este principio es el llamado a controlar el poder punitivo del Estado y a confinar su aplicación dentro de los límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes lo detentan».

**La ley penal sólo puede ser aplicada por los órganos instituidos por ley para esa función y nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal (*nullum crimen nulla poena sine iudicio*).**

El Juez debe actuar sólo en el ámbito de los hechos establecidos legalmente y sus decisiones han de estar fundadas con relación a los elementos que surgen de los tipos penales y no en juicios valorativos propios.

**En virtud de este principio, se establece la inaplicabilidad de la analogía en materia penal;** así lo prevé el inciso 9) del artículo 139° de la Constitución. La analogía se utiliza ante lagunas de la Ley y consiste en aplicar una norma jurídica que regula determinado hecho a otro semejante no previsto. La analogía, que se aplica de manera cotidiana en el ámbito civil, atenta contra el principio de legalidad en lo penal y origina inseguridad jurídica.

En el artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal se establecen las reglas para la interpretación de la ley procesal y, se determina la prohibición de la analogía como consecuencia de la vigencia del principio de legalidad, **salvo que favorezca al imputado o el ejercicio de sus derechos.**

## 10. PRINCIPIO DE INEVITABILIDAD DEL PROCESO PENAL O GARANTÍA DEL JUICIO PREVIO

Este principio se manifiesta en la siguiente frase: «No hay pena sin previo juicio» (*nulla poena sine iudicio*) y está enunciado en el inciso 10) del artículo 139° de la Constitución.

Un ciudadano sólo puede ser pasible de pena si previamente se ha realizado un proceso penal conforme a los derechos y garantías procesales.

La pena sólo puede ser impuesta en virtud de una declaración jurisdiccional inequívoca (sentencia condenatoria) y expedida por el Juez Penal o la Sala Penal competente.

BIDART CAMPOS señala: «(...) el juicio previo, que no es otra cosa que la aplicación de la garantía del debido proceso ante los jueces naturales, implica que no se puede eliminar la intervención del órgano judicial. De manera que nadie puede ser penado o condenado sin la tramitación de un juicio previo durante el cual se cumplan las etapas fundamentales del debido proceso».

Esta garantía está consagrada en el artículo I del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, que en su párrafo 2° establece: «Toda persona tiene derecho a un juicio previo (...)».

## 11. LA PRESUNCIÓN O EL ESTADO DE INOCENCIA

Se considera como un logro del derecho moderno y está consagrado en la Constitución vigente en el párrafo e) inciso 24 del artículo 2°.

Es una presunción relativa o *iuris tantum*. **Todo inculpado durante el proceso penal es en principio inocente, si no media sentencia condenatoria.** De lo señalado se derivan dos consecuencias:

- **Una actividad probatoria de cargo suficiente para quebrar la presunción**

En un proceso, los hechos no se presumen, sino que deben ser probados (*facta non praesumuntur, sed probantur*). La carga de la prueba corresponde -según este principio- a los autores de la imputación, pues el procesado es inocente mientras no se demuestre lo contrario. En nuestro país la carga de la prueba descansa en el Ministerio Público (incisos 1) y 4) del artículo 159° de la Constitución y artículo IV.1 del nuevo Código Procesal Penal) y, excepcionalmente, en el ofendido cuando el ejercicio de la acción es privado (artículo 108° .2.d del nuevo Código Procesal Penal).

La presunción de inocencia no sólo rige cuando se sentencia al individuo, sino también al momento de dictar las medidas precautorias o preventivas contra el mismo durante el proceso, por ello el que se exijan suficientes elementos probatorios sobre la existencia del delito y la vinculación del sujeto con aquél.

- **El que el procesado sea tratado como inocente**

En este punto la garantía de presunción de inocencia establece límites al accionar del Estado y del sistema de administración de justicia, básicamente con el fin de **evitar una estigmatización de la persona ante la opinión pública.** Cabe citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“En este caso, los recurrentes habían sido mostrados ante los medios de comunicación con uniformes de presidiario y enjaulados, como traidores a la patria y terroristas. Todo esto se dio a pesar de que no se había iniciado el proceso penal ni las personas habían sido condenadas por un tribunal competente.”* (Caso de Cantoral Benavides y Lory Berenson vs. Perú)

MANZINI tiene una posición contraria a la presunción de inocencia. Al respecto sostiene: «Es de sentido común que mientras no quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado, no se puede considerar al imputado como penalmente responsable y, por tanto, se le debe tratar como juzgable, o sea, como una persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no ha sido aún declarada cierta. Y esto no equivale precisamente a decir que, antes de la condena, se ha de presumir su inocencia hasta prueba en contrario. El no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia, y por lo tanto, no puede nunca ser equivalente a presumir en él la inocencia. Lo que hemos dicho está consagrado en el artículo 27° de nuestra Constitución, el cual no establece presunción alguna de inocencia, sino que se limita a declarar, como es natural, que «el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva».

En nuestra realidad resulta muy frecuente, hasta se puede decir generalizando, que el inculcado deba ofrecer pruebas de descargo para demostrar

su inocencia, y es que las autoridades parten de una presunción de culpabilidad.

En el nuevo Código Procesal Penal se busca dar mayor eficacia a este derecho. En el artículo II del Título Preliminar se establece que **antes de la sentencia condenatoria, ningún funcionario o autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable o brindar información en ese sentido**. Por otro lado, en el artículo 89° del mismo texto legal se establece que **el imputado declarará sin el uso de esposas u otros medios de seguridad**.

También es relevante el que el nuevo Código Procesal Penal eliminará la exhortación para la decir la verdad en la declaración del imputado (sólo se realiza una exhortación de ese tipo cuando se parte de la idea que el sujeto va mentir o tiene cierta responsabilidad), y que se considere ahora **sólo la exhortación para responder con claridad y precisión las preguntas que se le formulen** (artículo 87°.4).

## 12. PRINCIPIO DE *IN DUBIO PRO REO*

Este principio se recoge en el inciso 11) del artículo 139° de la Constitución. Se aplica para los siguientes supuestos:

- La absolución del procesado en caso de duda sobre su responsabilidad.

Este primer supuesto guarda íntima relación con la presunción de inocencia. Exige que para con-

denar al acusado se debe tener certeza de su culpabilidad; en caso de duda, debe ser absuelto.

El efecto jurídico de la duda en el proceso penal es la absolución del acusado. La duda resulta del hecho de que el juzgador sólo ha logrado un grado relativo de conocimiento respecto de la culpabilidad del imputado.

En este punto se encuentra este principio con la presunción de inocencia, estableciéndose una relación de género-especie o continente - contenido, según ha sido considerado en el nuevo Código Procesal Penal (artículo II. 1 del Título Preliminar) y por nuestro Tribunal Constitucional: *"(...) ha precisado que tanto la presunción de inocencia como el in dubio pro reo inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el segundo caso, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda. En ese sentido, el principio in dubio pro reo, en tanto que forma parte del convencimiento del órgano judicial, pues incide en la valoración subjetiva que el juez hace de los medios de prueba, (...)"* (STC. N° 0728-2008-PHC/TC).

- La aplicación de la ley más favorable al procesado en el caso de conflicto de leyes penales en el tiempo.

Cuando se presenta una sucesión de leyes desde la época de comisión del delito hasta la instrucción o el juzgamiento, el Juez debe inclinarse por aplicar la ley más favorable.

La Constitución vigente asume el criterio de irretroactividad de la norma, su aplicación es inmediata a hechos, relaciones y situaciones que se presenten durante su vigencia; no obstante, se permite de manera excepcional la retroactividad benigna sólo en materia penal.

CUELLO CALÓN señala: «La ley más benigna debe tener siempre un efecto retroactivo, aun cuando sobre el hecho hubiese recaído sentencia firme, pues cuando el poder social estima que determinado hecho no debe ser penado o debe ser castigado con una pena menor, seguir penándolo o castigándolo con pena más grave constituye un acto de indudable injusticia». Se entiende por leyes benignas las que desaparecen la criminalidad del hecho, las que imponen una pena menos severa y aquéllas que mejoran la situación de los condenados.

Como no se admite, la aplicación retroactiva de la ley procesal, rige el principio de *tempus regit actum*. Sin embargo, se contempla una excepción cuando se trata de leyes procesales que tienen un contenido material, es decir, cuando estén referidas a derechos fundamentales. Esta última manifestación ha sido asumida por el nuevo Código Procesal Penal en el artículo VII.2 de su Título Preliminar.

- Optar por la interpretación más favorable cuando la norma tiene varios sentidos interpretativos  
Esta novedad se encuentra prevista en el artículo VII.4 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal. Permite optar por la aplicación de

la interpretación más beneficiosa al reo cuando luego de agotarse todos los métodos que ofrece la hermenéutica, existe una duda insalvable.

### 13. PRINCIPIO DE GRATUIDAD DE LA JUSTICIA PENAL

Se encuentra previsto en el inciso 16) del artículo 139° de la Constitución de 1993.

CHIRINOS SOTO sostiene: «**La gratuidad en la administración de justicia debe entenderse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales no pueden cobrar a los interesados por la actividad que desarrollan.** Empero, ese precepto no evita que en la administración de justicia civil las partes deban efectuar determinados desembolsos, tales como las tasas judiciales, los honorarios de los auxiliares de justicia y otros gastos, conforme a lo dispuesto por el artículo 410° del Código Procesal Civil. **En la justicia penal la gratuidad es o, por lo menos, debe ser absoluta**».

**En el nuevo Código Procesal Penal se establece el principio de gratuidad relativa**, puesto que se prevé el pago de costas procesales que comprende: tasas judiciales, gastos judiciales realizados durante la tramitación, honorarios de los abogados, peritos oficiales, traductores e intérpretes (artículos 497° y 498°).

Los Representantes del Ministerio Público, los miembros de las Procuradurías del Estado, los Poderes del Estado y órganos constitucionales autónomos serán exonerados del pago de costas. Es posible de recibir la condena el imputado que es decla-

rado culpable o se le imponga una medida de seguridad. En caso contrario, deberá asumirlas la parte civil, cuando de sus actuaciones se concluya que ha obrado con temeridad o mala fe. También será posible de asumir la condena de costas el imputado en un supuesto de absolución, cuando se demuestre que éste provocó su propia persecución.

#### 14. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES O IGUALDAD PROCESAL

La Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República. Pueden dictarse leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas. Así lo declara el artículo 103° de la Constitución, y también está reconocido en el artículo I.3 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

La igualdad ante la ley es la base sobre la cual se construye el principio de igualdad en el proceso pues, **las partes cuentan con los medios parejos a fin de evitar desequilibrios en el proceso (disponen de las mismas posibilidades y cargas de alegación, de impugnación y de prueba).**

La igualdad en el proceso implica que durante el procedimiento las partes deben ser tratadas respetándose sus derechos y deberes, y prescindiendo de toda consideración de nacionalidad, raza, religión, filiación política, etc.

DE LA OLIVA SANTOS señala: «La igualdad de las partes formales del proceso resulta especialmente importante y, a la vez, singularmente difícil. En el

proceso civil, por ejemplo, la igualdad viene con frecuencia a resolverse y manifestarse en una serie de sucesivas posibilidades paralelas o simétricas de actuación: frente a la demanda la contestación de la demanda; frente a la posible réplica la duplica, etc. En el proceso penal, ese paralelismo de actos de la parte activa y de la parte pasiva es fácil de establecer en la fase del juicio oral o del plenario, pero no en la fase de instrucción sumarial o de preparación del juicio».

Uno de los pilares del sistema reside en proporcionar a los contendientes los mecanismos necesarios para enfrentarse en el proceso, sin que se pueda quebrar el equilibrio generado en la Ley, en aras de suplir deficiencias. El rol del juez es fundamental en este punto, dado que la mayor garantía de igualdad es mantener la imparcialidad.

Nuestro Tribunal Constitucional considera que la igualdad procesal es un componente del Debido Proceso, a través del cual se pretende garantizar que las partes detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra. Es en este punto en el que hallamos las mayores dificultades para la implementación del nuevo sistema, puesto que siguiendo la tradición paternalista, ante la falta de preparación o diligencia de los actores, el Juez interviene de manera oficiosa, en pro de los intereses punitivos o los de la víctima y, rara vez, pro imputado.

ALVARADO VELLOSO define la igualdad en el proceso como igualdad de armas: «Igualdad signifi-

ca paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes».

## 15. PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM*

Este principio tiene una doble configuración: sustantiva y procesal.

*Ne bis in idem* sustantivo

Tiene reconocimiento específico en el artículo 139° inciso 13) de la Ley Fundamental. Consiste en que nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho. También está previsto en el artículo III del Título Preliminar del nuevo Código Procesal, que incluye a la sanción administrativa. La posibilidad que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción constituiría un exceso del poder sancionador.

Para que se pueda aplicar el principio *Ne bis in idem* debe existir una triple identidad: **de sujeto, de hecho y de fundamento**. Este último presupuesto se refiere a que se trate del mismo contenido injusto, de la lesión a un mismo bien jurídico o a un mismo interés protegido. A nuestro parecer, el principio de *Ne bis in idem*, el elemento que determina la compatibilidad o incompatibilidad de la sanción administrativa y penal.

En el artículo citado se reconoce la preeminencia de lo penal sobre lo administrativo, reconociendo de

esta manera el **principio de accesoridad administrativa**. Ante la existencia de una pluralidad de procedimientos, **el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se ha declarado como probado o improbad**o.

Sobre esta manifestación del *ne bis in idem*, el Tribunal Español señaló lo siguiente: « (...) determina **una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales** respecto de unos mismos hechos, pero conduce a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de una normatividad diferente, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.»

### *Ne bis in idem* procesal

Esta dimensión del *ne bis in idem* tiene dos aspectos a considerar:

- a) Cuando existe una decisión con calidad de cosa juzgada (sentencia o auto de sobreseimiento) la persona no puede ser juzgada nuevamente por los mismos hechos, aún cuando la calificación o tipificación sea distinta (Caso CIDH Loyza Tamayo vs. Perú).
- b) No pueden haber investigaciones o procesos pendientes contra una misma persona por los

mismos hechos, que equivaldría a una litispendencia, de allí que se establezca que está proscrita la persecución penal múltiple.

## 16. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA O ILÍCITA O ILEGÍTIMA

Se encuentra expresamente prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, este principio ya estaba previsto en el artículo 2º, incisos 10) y 24), literal h, de la Constitución.

Se discute sobre si tiene se trata de un contenido más del **Debido Proceso o de un derecho fundamental autónomo**. Sobre lo que no existe discusión es que no se puede alcanzar el fin (sancionar una conducta) de cualquier manera pues, debe considerarse el derecho a tener un proceso rodeado de garantías en el que siempre esté en un lugar relevante el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales. En consecuencia, se trata de **un limite del derecho a probar**, tan es así que se examina la admisibilidad del material probatorio considerando no sólo su pertinencia y utilidad, sino también su ilicitud.

Tiene relación con la denominada **constitucionalización de la actividad probatoria**, que implica proscribir los actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba.

La ilegitimidad o ilicitud de la prueba se sustenta en la violación del contenido esencial de derechos fun-

damentales o la afectación del debido procedimiento para su obtención. No se trata de la mera inobservancia de una ley, sino que amerita la exclusión del material probatorio la afectación a la Constitución. En este punto, la teoría alemana asume la llamada **“ponderación de intereses”**.

Nuestro nuevo Código Procesal Penal recoge tanto la prueba ilícita directa como aquella que es denominada prueba prohibida indirecta o por derivación, asumiendo para ello la teoría norteamericana del **“árbol del fruto envenenado”**, conocida en el sistema centroeuropeo como la teoría del **“efecto reflejo”**.

La sanción ante la prueba prohibida es su exclusión del acervo probatorio, siendo esta una consecuencia desarrollada por la jurisprudencia norteamericana<sup>6</sup>, en la cual también se han previsto una serie de excepciones. En nuestro país sólo se contempla dicha posibilidad expresamente cuando la exclusión puede perjudicar al procesado.

---

<sup>6</sup> La regla de la exclusión (exclusionary rule) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (deterrence effect) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (judicial integrity). En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia del Caso *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), declaró que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida con violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma), y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

## CAPÍTULO III

### LEY PROCESAL

#### 1. DEFINICIÓN

Es la principal fuente del Derecho Procesal Penal. Se le considera como el conjunto de normas que regulan los actos de investigación y juzgamiento, dentro de los cuales se encuentran **las normas meramente formales o instrumentales** que regulan los requisitos, plazos, contenido, condiciones de los actos procesales; **las normas procesales con contenido material**, es decir, aquellas que pueden afectar derechos fundamentales, (V.gr.: el plazo de detención judicial); y, finalmente, las referidas a la organización y funciones de los operadores penales, llamadas normas orgánicas.

#### 2. CARACTERÍSTICAS

Las normas que componen la ley procesal presentan las siguientes características:

- a) **Son de naturaleza pública** pues, son impuestas por el Estado y se aplican a todos los procesos tomando en consideración sus peculiaridades.

- b) **Irrenunciables** pues, no es posible que puedan sustituirse o eliminarse por voluntad de los sujetos del proceso.
- c) **Son de garantía** pues, permiten establecer los límites al poder punitivo del Estado y se fijan parámetros dentro de los cuales debe desarrollarse la función jurisdiccional.

### 3. REGLAS DE INTERPRETACIÓN

La labor de interpretación es una tarea cotidiana que no sólo se produce ante ambigüedades de la normas. Cada vez que se va a aplicar la ley a un caso concreto surge la necesidad de conocer su sentido. Hoy día se afirma que esta tarea de interpretación debe realizarse en consonancia con la Constitución según el principio de jerarquía normativa.

Para efectos de la interpretación de la ley procesal se deben considerar los siguientes criterios (regulados en el artículo VII.3 y 4 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal):

- a) **Interpretación restrictiva.** Se considera que existen normas procesales que restringen o limitan derechos y libertades, razón por la que se deben establecer límites muy claros. Esta interpretación debe realizarse de acuerdo con el significado de lo expresado en la norma.
- b) **Interpretación sistemática.** Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico debe interpretarse relacionando un dispositivo con otro.

El Tribunal Constitucional realizó este tipo de interpretación cuando conoció la demanda de in-

constitucionalidad de la legislación contra el terrorismo, y señaló lo siguiente: *“Sin embargo, más allá de lo que hasta aquí ha expresado este Tribunal Constitucional, al igual que lo ha sostenido respecto a la alegación de violación del principio de autonomía judicial, dicha disposición puede también entenderse en un contexto sistemático, esto es, que la atribución de dictar mandato de detención, regulada por el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475, necesariamente debe entenderse bajo los alcances del artículo 135° del Código Procesal Penal. Desde este punto de vista, la apertura de instrucción penal contra el encausado, eventualmente, podría terminar con el dictado de la medida cautelar, como la detención judicial preventiva, si es que se cumplen los presupuestos legales allí regulados y no porque el juez esté obligado a hacerlo”*. (pár. 127). (STC. N° 010-2002-AI-TC)

**Se prevé la interdicción de la interpretación extensiva y de la analogía** mientras no favorezca la libertad del imputado y el ejercicio de sus derechos.

Finalmente, ante situaciones de duda insalvable, debe aceptarse siempre lo más favorable al reo.

#### 4. REGLAS DE APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL

##### 4.1. APLICACIÓN EN EL ESPACIO

**¿Dónde tiene eficacia la ley procesal?**

Las leyes procesales **son territoriales** pues, responden al brocardo *lex fori*, es decir, producen sus efectos dentro del territorio nacional. La ley

procesal es una derivación natural de la soberanía del Estado.

El Código de Procedimientos Penales recogía sólo dos disposiciones sobre la aplicación en el espacio:

- a) **Principio de personalidad activa** (artículo 6°). Si un peruano delinque en el extranjero y su conducta está tipificada en la ley peruana, su autor puede ser juzgado en el Perú.
- b) **Principio real o de defensa** (artículo 7°). Si se afecta un bien jurídico nacional, aunque el acto no fuera cometido en el territorio, el agente puede ser juzgado en el Perú, si se obtiene la extradición.

El nuevo Código Procesal Penal no contiene normas específicas en este tema, aunque regula el tema de la cooperación judicial internacional que abarca lo siguiente: la extradición, el traslado de condenados, la diligencias en el exterior, las cartas rogatorias y la asistencia judicial.

#### 4.2. APLICACIÓN EN EL TIEMPO

##### ¿Cuándo se aplica la ley procesal?

De acuerdo con el artículo 103° de la Constitución vigente, **el principio general es la irretroactividad**, pero sólo se aplican aquellas normas que están vigentes al momento en que se sustancia o se tramita el proceso (*tempus regit actum*). En el artículo VII.1 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal se consagra esta regla de aplicación inmediata de la norma procesal.

Sin embargo, tratándose de normas procesales con contenido material, es decir, que afecten o están referidas a derechos fundamentales, cabe que se apliquen las más favorables al imputado (artículo VII.2 del Título Preliminar).

Finalmente, se aplicará la ley anterior (ultractividad) cuando se trata de medios impugnatorios interpuestos, actos procesales con principio de ejecución y plazos que ya hubiesen comenzado a correr.

### 4.3. APLICACIÓN PERSONAL

#### ¿A quiénes se aplica la ley procesal?

El principio básico es la **igualdad ante la ley**, en virtud de la cual la norma procesal se aplica en general a todas las personas, sin establecer diferencias o privilegios, aunque no es absoluto, puesto que existen algunos obstáculos definitivos y transitorios que prevé nuestra norma fundamental:

- a) La excusa absolutoria generada por la **inviolabilidad**, privilegio del que gozan los congresistas y magistrados del Tribunal Constitucional, quienes no pueden ser castigados al tratarse de delitos de expresión.
- b) **Exenciones del Derecho Internacional**. Se han consignado en tratados internacionales como el Código de Bustamante, el de Montevideo de 1889, la Convención de La Habana, respecto de altos dignatarios, ministros, diplomáticos, a los que deben aplicarse las nor-

mas de su país de origen, salvo que el Estado permita la persecución o si desaparece la personería internacional.

- c) **La inmunidad.** Constituye un impedimento procesal que se contempla para Congresistas, Defensor del Pueblo y magistrados del Tribunal Constitucional. **No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente**, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, salvo flagrante delito. En este último caso son puestos a disposición del Congreso y de la Comisión Permanente dentro de las 24 horas; en el caso del Tribunal Constitucional la autorización corresponde al Pleno del Tribunal.
- d) **El antejuicio.** Los funcionarios de alto nivel que han sido considerados taxativamente en el artículo 99° de la Constitución (el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República), **cuando se traten de delitos de función, no pueden ser procesados ni apresados sin existir previamente una acusación constitucional**, desde que comenzaron a ejercer sus funciones hasta cinco años después de haber cesado en sus cargos.

## DIFERENCIAS ENTRE INMUNIDAD Y ANTEJUICIO

INMUNIDAD	ANTEJUICIO
<p>Todos los funcionarios que gozan de inmunidad (artículo 93°, 161° y 201° de la Constitución) tienen a su vez la prerrogativa del antejuicio (artículo 99° de la Constitución).</p>	<p>No todos los que son beneficiados por el antejuicio son también titulares de la inmunidad.</p>
<p>La inmunidad tiene vigencia desde que es elegido en el cargo hasta un mes después de haber cesado (artículo 93°).</p>	<p>La prerrogativa funcional del antejuicio permanece vigente hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 99° de la Constitución).</p>
<p>En el levantamiento de inmunidad, el Congreso no asume un rol acusatorio, sino estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación.</p>	<p>El antejuicio tiene carácter acusatorio.</p>
<p>Procede para delitos comunes.</p>	<p>Procede para delitos de función.</p>

En el nuevo Código Procesal Penal no encontramos una regulación taxativa de estas prerrogativas, pero el artículo 1.4 hace referencia a las mismas al señalar que para promover la acción penal en determinados casos se requerirá la autorización del Congreso o de otro órgano público, pero observándose el procedimiento establecido por la Ley.

## CAPÍTULO IV

### ACCIÓN PENAL

#### 1. DEFINICIÓN

El derecho de acción es **un derecho consustancial al ser humano, pues es el derecho que tiene a alcanzar la justicia**. Como señala PIETRO CASTRO «(...) es el ejercicio del derecho a la justicia».

Con la acción penal se busca que el Juez se pronuncie sobre un hecho que se considera delito y se aplique la ley penal a quien es responsable del mismo.

De acuerdo con la normatividad nacional, el Ministerio Público tiene reservado el monopolio de la acción en el ejercicio público, de manera que no se puede mantener la definición inicial al tratarse de una función encomendada a un órgano constitucional autónomo, por lo que, desde ese enfoque, es un **poder-deber de activar a la jurisdicción penal para lograr la aplicación del derecho penal sustantivo a un caso concreto**.

Tomando en cuenta que existe también la persecución privada en algunos delitos, se puede definir como un **derecho subjetivo**, puesto que el afectado acude directamente ante el órgano jurisdiccional.

## 2. CARACTERÍSTICAS

### o PÚBLICA

Es pública porque va dirigida al Estado para hacer valer un derecho, como es la aplicación de la Ley Penal. Está dirigida a satisfacer un interés colectivo: restaurar el orden social perturbado por el delito. El único que puede atender esta pretensión es el Estado, que tiene el monopolio del *ius punendi*.

Debe precisarse que cuando se dice que la acción penal es pública o privada se comete un error, pues la acción, en cuanto se dirige al Estado, siempre es pública; lo que varía es su ejercicio, que puede ser público o privado.

### o OFICIAL

Su ejercicio se halla monopolizado por el Estado a través del Ministerio Público, con excepción de los casos en que se reserva expresamente a la iniciativa de parte (ejercicio privado de la acción penal, querellas).

### o INDIVISIBLE

Alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito. Todos los partícipes de un delito son responsables y la acción tiene que comprender a todos sin excepción.

### o IRREVOCABLE

Una vez iniciado el proceso penal, sólo puede concluir con la sentencia condenatoria o absolu-

**toria o un auto de sobreseimiento.** No hay posibilidad de desistimiento o de transacción, excepto en los procesos iniciados por ejercicio privado de la acción penal o en los casos en que se aplican los criterios de oportunidad.

o **SE DIRIGE CONTRA PERSONA FÍSICA DETERMINADA**

En el nuevo Código Procesal Penal peruano, para que el Fiscal pueda formalizar investigación, se exige la identificación o individualización del presunto autor o partícipe (336°.1).

La individualización del imputado parece reducirse a tener los nombres y apellidos completos del mismo (aunque es necesario el tener otros datos personales y señas particulares para salvar situaciones, como las que presenta la homonimia), siendo posible incluso que existan dudas de su identidad (no está inscrito en RENIEC o no tiene documento de identidad), lo que de acuerdo al nuevo ordenamiento procesal no tiene porqué paralizar las actuaciones fiscales o judiciales, siendo posible que se corrijan errores en cualquier oportunidad (artículo 72°.3)

3. **MOMENTO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL**

La pregunta sobre el tema es: ¿En qué momento se ejercita la acción penal? Se dan comúnmente las siguientes respuestas: Cuando la *notitia criminis* llega a conocimiento de la autoridad, cuando el fiscal formaliza denuncia o cuando el Juez apertura ins-

trucción. Sin embargo, lo cierto es que **el momento de ejercicio de la acción penal se presenta cuando el Fiscal formula acusación.**

Cuando la *notitia criminis* llega a conocimiento de la autoridad motiva su intervención para efectos de determinar el hecho e individualizar a los presuntos autores y a los agraviados. Con la formalización de la denuncia el Fiscal sólo motiva o promueve que el Juez Penal dé inicio a la etapa de preparación para el ejercicio de la acción penal con el auto de apertura de instrucción. Esta etapa se manifiesta en la instrucción o investigación preparatoria. **En la doctrina reciente se considera el momento en que se ejercita la acción penal cuando el Fiscal formula acusación, porque sólo en ella se expresa la pretensión punitiva, que comporta la petición de pena y la reparación civil.**

En el Perú es el Ministerio Público el que tiene la función de acusar. Esta función es pública, conforme lo es la naturaleza de la acción penal, aun cuando se concede su ejercicio a particulares. Se adopta así el sistema de acusador oficial constituido por los funcionarios del Ministerio Público, excepto en los delitos de ejercicio privado de la acción penal en los cuales se concede la función al querellante, que vendría a ser un acusador privado.

Bajo el esquema del nuevo Código Procesal Penal tenemos que distinguir el momento de promoción de la acción penal, que es con la formalización de la investigación preparatoria, del momento de ejercicio que se presenta en la acusación. Creemos que en esta línea de pensamiento se encuentra la Corte Su-

prema, que en el A.P. N° 6-2009 indica que **la acusación fiscal es un acto postulatorio, y mediante ésta se fundamenta y deduce la pretensión penal.**

#### 4. EL EJERCICIO PÚBLICO Y PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL

Desde una perspectiva histórica, el principio de persecución penal pública surge en la Europa Continental en el siglo XIII con la aparición de los Estados absolutos.

**Cuando el ejercicio es público, el Estado es titular de la acción penal, que decide perseguir de oficio los delitos y sólo delega su titularidad al Ministerio Público.** BAUMANN señala: «(...) el interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron históricamente esta intervención».

El ejercicio público de la acción penal se manifiesta como la regla general prevista para la inmensa mayoría de delitos, debido a que en esos casos el interés público es preservar las condiciones mínimas de convivencia social que superan el propio interés del particular directamente ofendido por el delito.

El nuevo Código Procesal Penal establece que **el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública y como tal la ejerce de oficio, a instancia de la parte agraviada, por acción popular o por noticia policial.** El Ministerio Público tiene la responsabilidad por el ejercicio público de la acción penal, inicia y dirige la investigación, se encarga de la acusación y plantea una hipótesis sobre los

hechos así como la responsabilidad que debe demostrar en el juicio.

En cambio, **cuando la acción la ejercita un particular, se dice que el ejercicio de la acción es privado.** Nuestra legislación faculta al agraviado a denunciar directamente la comisión de determinados delitos, por considerar que ellos lo perjudican en forma exclusiva. Nos referimos a los delitos contra el honor -injuria, calumnia y difamación- y lesiones culposas leves.

Cuando el ejercicio de la acción es privado, **prima la voluntad del ofendido**, quien decide si promueve la acción penal contra el ofensor y puede disponer de la acción penal - renunciar, desistirse, transigir o conciliar-. **Pero el poder del ofendido es relativo porque el *ius punendi* continúa en manos del Estado.**

El legislador, para establecer la naturaleza pública o privada del ejercicio de la acción penal, tiene en cuenta dos criterios:

1. El contenido del bien jurídico protegido. Los tipos penales a los que corresponde el ejercicio privado de la acción penal tienen un denominador común: los bienes jurídicos se refieren a aspectos íntimos y personalísimos.
2. El grado de lesión o puesta en peligro del interés protegido, de tal manera que la levedad de la lesión o agresión determina poner en manos del propio afectado la decisión de exigir responsabilidad por los hechos. Esta es la razón por la que las faltas son consideradas siempre perseguibles mediante acción privada.

Es posible que esta facultad sea compartida y se pueda hacer referencia a un ejercicio semipúblico, observando esa posibilidad según lo previsto en el artículo 1.3 del nuevo Código Procesal Penal, que establece que el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público está condicionada a la denuncia de la persona autorizada para hacerlo.

## 5. DIFERENCIAS ENTRE ACCIÓN CIVIL Y PENAL

El maestro GARCÍA RADA, citando a CASTRO, desarrolla las principales diferencias entre acción civil y acción penal:

ACCIÓN PENAL	ACCIÓN CIVIL
1. Tiene por objeto aplicar una norma repressiva.	1. Tiene como fin obtener una indemnización.
2. Forma parte del derecho público porque interesa a la colectividad.	2. Pertenece al ofendido y forma parte del derecho privado.
3. Se extingue con la muerte del ofensor.	3. Puede transmitirse a terceros y pueden los herederos responder al ofensor.
4. Debe entablarse contra una persona física.	4. Se puede entablar contra persona física o jurídica.



## CAPÍTULO V

### MEDIOS DE DEFENSA

#### 1. DEFINICIÓN

La acción es el derecho que tiene toda persona de recurrir al Estado pidiendo la intervención del órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos vulnerados. No puede hacer justicia por sus propias manos ni encargar a otro que sancione a sus ofensores. **Sólo el Estado tiene la facultad de sancionar a través de los órganos competentes.** Pero el denunciado también ejerce su derecho de acción, que se traduce en su defensa. A diferencia del denunciante que afirma un hecho y pide una sanción, el denunciado niega ser el responsable y pide la absolución. **Además, puede deducir una serie de obstáculos para el ejercicio de la acción penal, no niega los cargos, sino que deduce cuestiones previas, prejudiciales y excepciones, que buscan suspender el proceso o anularlo.**

En el nuevo Código Procesal Penal se regulan los mismos mecanismos de defensa previstos en la norma anterior, advirtiendo que las modificaciones, más que sustantivas, son respecto a su tramitación.

Una importante innovación esta dada por el reconocimiento del **efecto extensivo** a los medios de defensa, puesto que si se declaran fundados puede beneficiar a otros imputados que se encuentran en la misma situación jurídica, aún cuando no hicieron uso del mismo.

Por otro lado, se establece que los medios de defensa, además de ser deducidos, pueden ser declarados de oficio (artículo 7°.3).

## 2. LA CUESTIÓN PREVIA

La cuestión previa es un medio de defensa que **se deduce cuando falta algún elemento o requisito de procedibilidad**. LEONE define los requisitos de procedibilidad como «aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o conseguir la acción penal».

En algunos delitos, la ley penal establece que para que el hecho sea castigado, es necesario que cumpla determinada exigencia. V.gr.: El requerimiento de pago en los delitos de libramiento indebido. No se debe confundir con una condición objetiva de punibilidad, puesto que afectan estas últimas la existencia material del delito y no sólo la persecución penal.

La cuestión previa puede ser deducida **durante la investigación preparatoria**, una vez admitida se dispondrá la realización de la audiencia para su resolución, con la presencia obligatoria del fiscal, escuchados los sujetos procesales (empezando por el abogado defensor) el Juez de la Investigación

Preparatoria puede resolver de inmediato o en el plazo de dos días luego de celebrada la vista. Para tomar la decisión el Juez deberá contar con el expediente fiscal. También puede deducirse este medio de defensa en la **etapa intermedia, en la audiencia de control de acusación.**

El efecto de declarar fundada la cuestión previa **es anular todo lo actuado**, siendo posible reiniciar la investigación preparatoria cuando se cumpla con el requisito de procedibilidad (artículo 4°).

No se debe confundir el requisito de procedibilidad con el requisito de procesamiento<sup>7</sup> y la condición objetiva de punibilidad. En el siguiente cuadro se establecen las diferencias:

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	REQUISITO DE PROCESAMIENTO	CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD
Son condiciones que establece la norma sustantiva (Código Penal o Leyes Penales Especiales).	Son condiciones que establece el artículo 336.1 el nuevo Código Procesal Penal.	Son condiciones que establece la norma sustantiva (Código Penal o Leyes Penales Especiales).
Para algunos delitos.	Para todos los delitos.	Para algunos delitos.

Son determinantes para la persecución penal.	Son necesarios para decidir el inicio del proceso penal.	Sin ellas no podría haber sanción.
Si no se reúnen estos requisitos, se plantea una cuestión previa.	Si no se reúnen estos requisitos, el Juez Penal expide el auto de no haber lugar a la apertura de instrucción.	Se puede plantear, ante su ausencia, una excepción de naturaleza de acción.

### 3. CUESTIÓN PREJUDICIAL

Autores como MANZINI y FLORIÁN consideran las cuestiones prejudiciales como obstáculos reales al ejercicio de la acción penal.

La cuestión prejudicial se presenta cuando, al plantearse la denuncia o durante la tramitación de la instrucción, **surgen cuestiones extrapenales de cuya apreciación depende determinar el carácter delictuoso del acto incriminado**. Tales cuestiones no integran la instrucción, pero requieren ser **resueltas previamente y en una vía diferente**. Se explica esta institución por dos razones:

- a) La unidad del ordenamiento jurídico.
- b) La especialización de los órganos jurisdiccionales.

En doctrina se hace referencia a que la prejudicialidad puede ser vista de dos maneras:

- a) **Prejudicialidad no devolutiva.** El propio Juez Penal debe resolver la cuestión, aunque sus efectos no van más allá del ámbito penal que se sigue.
- b) **Prejudicialidad devolutiva.** El Juez Penal se abstiene de decidir la cuestión civil, laboral, comercial, etc., aguardando a que se pronuncie el Juez competente a la materia. Esta prejudicialidad devolutiva puede ser relativa o absoluta, según pueda o tenga que ser resuelta por otro órgano jurisdiccional.

Deducida la cuestión prejudicial en un proceso penal, el Juez Penal puede ampararla o no. Al aceptarla admite que el hecho denunciado como delito está sujeto a lo que se resuelva en la vía no penal, entonces suspende la investigación preparatoria en espera de lo que se resuelva en la vía extrapenal.

La cuestión prejudicial presupone la calificación previa en otra vía para establecer si los hechos denunciados constituyen delito.

En el trámite de la cuestión prejudicial se expiden dos resoluciones:

1. La del Juez Penal declarando **fundada la cuestión y suspendiendo el proceso penal.**
2. La del Juez extrapenal, que resuelve el curso de la denuncia penal.

Este medio de defensa también se puede plantear durante la investigación preparatoria y tendrá que realizarse el mismo trámite previsto para la cuestión previa. Pero cabe indicar que este medio de defensa **no se puede deducir en la etapa intermedia** (artículo-

lo 7°. 2); considerando que la para la configuración del delito se requiere lo resuelto en la vía extrajudicial, carecería de sentido que se formule acusación y luego se deduzca la cuestión prejudicial.

#### 4. EXCEPCIONES

**Las excepciones son medios de defensa que concede la Ley a quienes se les imputa la comisión de delitos o faltas con el fin de excluir la acción penal contra ellos incoada.** Este pedido se formula sobre la base de determinada circunstancia que extingue la acción penal.

Según los efectos que pueden producir, las excepciones se clasifican en:

DILATORIAS	PERENTORIAS
<p><b>Son aquellas que suspenden temporalmente la decisión judicial;</b> tienen un efecto dilatorio, postergando la acción para una época posterior. El tratadista GUASP al referirse a ellas señala que "hieren la acción, pero no la matan". Estas excepciones no van contra el derecho mismo, sino contra la forma de ejercerlo.</p>	<p>Son aquellas que tienen a destruir y extinguir la acción penal. De declararse fundadas este tipo de excepciones se <b>expide un auto de sobreseimiento</b> (artículo 6°.2), lo que impide que estos hechos vuelvan a ser juzgados.</p>

Las excepciones pueden hacerse valer por el imputado en **cualquier momento de la investigación**

**preparatoria o en la etapa intermedia**, tratándose de acciones privadas en la contestación de la querrela.

El nuevo Código Procesal Penal regula el tema de las excepciones sin introducir ninguna novedad importante. Únicamente se cambia la denominación «naturaleza de acción» por el de «improcedencia de acción».

Las excepciones que se pueden deducir son:

#### **4.1. EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE JUICIO (artículo 6°.1.a)**

Esta excepción se deduce cuando se ha dado al proceso una substanciación distinta de la prevista en la Ley. No se trata de un asunto de fondo, sino se refiere a un aspecto formal o procedimental.

Existen en el nuevo Código **seis tipos de procedimientos**: el común, el inmediato, de seguridad, querellas y faltas, terminación anticipada y de altos funcionarios públicos; esta excepción se podrían plantear cuando exista un error en la tramitación de los mismos.

#### **4.2. EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN (artículo 6°.1.b)**

Esta excepción se hace valer **cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justificable penalmente**. Es decir, son dos situaciones las que permiten interponer esta excepción:

- 1) **Que el hecho no se encuentre calificado como delito en el Código Penal.** En virtud al principio de legalidad, si no está tipificado como delito en la ley penal, el hecho no es punible *-nullum poena sine lege-*.
- 2) **Que el hecho no sea justiciable penalmente.** Se trata de una situación que ya no tiene relevancia penal; se suscita normalmente esta situación cuando se emite una ley abolutiva, es decir, una norma que deja de contemplar un acto como ilícito, como sucedió con el desacato, a través de la Ley N° 27975 del 29 de mayo del 2003.

#### 4.3. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

Se interpone esta excepción cuando el **hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme nacional o extranjera.**

La base de esta excepción es **el principio *ne bis in idem*** que tiene una doble naturaleza:

1. Es un principio del derecho material según el cual nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción.
2. Es un principio procesal en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

La sentencia es el medio ordinario para dar término a la pretensión punitiva del Estado. Cuando contra ella no se ha hecho valer los medios impugnatorios que autoriza la ley, se ha dejado transcurrir el término para interponerlos o

se han agotado los mismos, entonces la sentencia ha quedado firme y adquiere **la calidad de cosa juzgada, por lo cual es inimpugnable, inmutable y coercible**. También adquiere esta calidad los autos de sobreseimiento.

La excepción de cosa juzgada funciona en dos casos:

- 1° Que exista una sentencia o auto de sobreseimiento anterior en la que el hecho, persona y fundamento sean idénticos. Y que esta resolución haya adquirido la calidad de cosa juzgada.
- 2° Que el hecho que se denuncie como delito haya sido calificado como lícito en un proceso civil anterior. La sentencia civil constituye cosa juzgada y no procede iniciar el proceso penal.

Cuando el agraviado se constituye en actor civil, lo resuelto en la sentencia penal constituye cosa juzgada, impidiéndole iniciar en la vía civil el proceso de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el delito.

#### 4.4. EXCEPCIÓN DE AMNISTÍA

Es una figura jurídica de antigua data, que se remonta a la época de las monarquías absolutas. **Es el olvido de cierta clase de delitos que deja a sus autores exentos de pena.**

La amnistía se establece como **una atribución del Poder Legislativo**, en el inciso 6) artículo 102° de la Constitución de 1993.

La excepción de amnistía se interpone ante el Juez Penal que conoce del proceso, presentando el instrumento que contiene el derecho de amnistía que invoca el imputado. Si procede dicha excepción, el Juez debe declararla fundada y disponer el sobreseimiento definitivo de la causa.

Al haber sido utilizada la amnistía como un mecanismo para generar impunidad, obstaculizó la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por agentes del Estado. Se consideran hoy, como límite en su aplicación, **la autoamnistía y en los casos de delitos de lesa de humanidad** (Caso ante la CIDH, Barrios Altos).

Debe distinguirse entre amnistía e indulto:

AMNISTÍA	INDULTO
Olvido del delito.	Perdón de la pena.
Poder Legislativo.	Poder Ejecutivo.
Mediante una Ley.	Mediante una Resolución Suprema.
De carácter general.	De carácter personal.
Fundamento político.	Fundamento humanitario.

#### 4.5. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

El transcurso del tiempo genera situaciones jurídicas. Puede liberar de obligaciones o puede dar lugar a la adquisición de derechos. La primera constituye **la prescripción extintiva, que es la que se encuentra en materia penal bajo dos formas: prescripción de la acción penal y prescripción de la pena, ambas reguladas en el Código Penal.**

En doctrina, las tesis afirmativas de la prescripción consideran diversos argumentos como la ineficacia de la pena, la enmienda del autor, la dificultad para la actuación de medios de prueba y, entre estos argumentos, cabe citar el de BINDER, quien sostiene la debida protección de la dignidad humana en un Estado de Derecho y en ese sentido, afirma que el límite temporal impuesto al poder del Estado tiene como función garantizar que el *ius punendi* sea utilizado más allá de los linderos de la necesidad social, siendo preferible presumir que el tiempo ha restaurado ese orden social, en vez de otorgar al Estado un poder penal temporalmente ilimitado.

**La prescripción tiene una naturaleza mixta, tanto material como procesal.** El Código Penal establece las pautas para su aplicación. ROY FREYRE desarrolla estas reglas de la siguiente manera:

***Plazo Ordinario:***

- **Delitos sancionados con cadena perpetua:** 30 años.

- **Delitos sancionados con pena privativa de libertad:** Un tiempo igual al máximo de la pena.
- **Delitos sancionados con penas limitativas de derechos o pena pecuniaria:** 2 años (modificación introducida en el artículo 80º del Código Penal mediante la Ley N° 28117).

*Excepciones:*

- **Restictiva:** Cuando la pena privativa de libertad supere los 20 años (Límite máximo: 20 años).
- **Ampliatoria:** Se duplica el plazo ordinario si el agente comete un delito en ejercicio de su función y en agravio del patrimonio del Estado.
- **Concurso real de delitos:** Las acciones prescriben en forma independiente.
- **Concurso ideal de delitos:** La acción prescribe cuando haya transcurrido el plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

*Caso de reducción:*

- **Responsabilidad restringida:** El máximo se reduce a la mitad.

Deben añadirse a estos plazos lo siguiente:

- **Faltas:** Prescriben al año, salvo que fueran reincidentes que prescribe a los dos años (modificado por la Ley 28726, en el 2006).
- **Delitos de masa:** El artículo 49º del Código Penal prevé un marco abstracto para esta modalidad delictiva, que implica el incremento

de hasta un tercio al máximo de la pena prevista para el delito más grave. Ese marco deberá ser considerado para efectos de la prescripción (A.P. N° 8-2008).

### **Iniciación de cómputo de plazos:**

- Tentativa: Cesó la actividad delictuosa.
- Delito instantáneo: Día que se consumó el delito.
- Delito continuado: Día en que terminó la actividad delictuosa.
- Delito permanente: Día en que cesó la permanencia.

### **Suspensión:**

- Cuestión previa.
- Cuestión prejudicial.
- Antejudio.
- Declaración de contumacia.

### **Interrupción:**

Desaparece el tiempo transcurrido y se aplica la prescripción extraordinaria, que es el máximo de la pena más la mitad (esta regla también se aplica a los casos en los que el límite máximo es de veinte y treinta años - AP. 9-2007).

Las causales de interrupción previstas en el Código Penal son: Actuaciones del Ministerio Público o del Juez Penal y la comisión de un nuevo delito doloso. El nuevo Código Procesal Penal establece que la formalización de la denuncia suspende la prescripción (artículo 339°), regulación que nos pareció errada; sin embargo, el

Acuerdo Plenario 1-2010, sustentado en la necesidad de otorgar más tiempo a la autoridad para la **persecución del delito y no abonar a la impunidad**, la considera como una causa de suspensión *sui generis*, a través de la cual el plazo deja de computarse hasta la culminación del proceso con una sentencia o un auto de sobreseimiento. Nuevamente advertimos el problema por dos razones:

- a) No hay una lectura sistemática, esto es, no se toma en consideración lo previsto en el Derecho penal sustantivo.
- b) Habría desaparecido la posibilidad de que la prescripción opere dentro del proceso penal.

## CAPÍTULO VI

### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

#### 1. LA JURISDICCIÓN

##### 1.1. GENERALIDADES

Etimológicamente, jurisdicción proviene de la locución latina «*iuris dictio*» o «*ius dicere*» que significa decir o mostrar el derecho. La noción de jurisdicción como concepto jurídico surge con el advenimiento del Estado Moderno y una vez consagrada la división de poderes.

En las sociedades primitivas, la fuerza y la venganza constituían el único medio de hacer justicia. **La autodefensa o autotutela fue una de las primeras formas de solucionar los conflictos.**

Posteriormente, las partes buscan solucionar sus controversias mediante el trato directo o negociación. A esta forma de solución de conflictos se le conoce como **autocomposición**.

**La jurisdicción penal surge para evitar la auto-defensa violenta, por el interés público y con el propósito de restablecer el orden social.** Se encuentra dentro de la tercera forma histórica de solución de conflictos, que es la heterocomposi-

ción, la cual se presenta cuando un tercero elegido o no por las partes soluciona su conflicto.

DE LA OLIVA SANTOS sostiene que la palabra jurisdicción designa una de las tres funciones esenciales del Estado, es un presupuesto del proceso y un complejo orgánico que desempeña tal función.

## 1.2. PRINCIPIOS

El ejercicio de la jurisdicción está sometido a tres principios fundamentales:

- a) **La jurisdicción se cumple tan sólo por el que está investido de este derecho.** La Constitución vigente establece expresamente que la potestad de administrar justicia corresponde exclusivamente al Poder Judicial y excepcionalmente se reconocen los fueros arbitral, militar y comunal.
- b) **La unidad de la función jurisdiccional.** Es una de las garantías de la administración de justicia. El poder judicial está conformado por distintos órganos, pero todos forman parte integrante de una unidad orgánica.
- c) La jurisdicción se ejerce en determinado territorio.

## 1.3. ELEMENTOS

La doctrina clásica consideraba como elementos integrantes de la jurisdicción a los siguientes:

<p><b>NOTIO</b></p>	<p>Es la facultad del Juez para conocer la cuestión propuesta. Como dice MIXÁN MASS: “Es el conocimiento con profundidad del objeto del procedimiento.”</p>
<p><b>VOCATIO</b></p>	<p>Es la facultad del Juez de ordenar la comparecencia de los sujetos procesales y terceros, a fin de esclarecer los hechos y lograr confirmar la hipótesis que se hubieran planteado.</p>
<p><b>COERTIO</b></p>	<p>Es el poder que tiene el Juez de emplear los medios necesarios dentro del proceso para el normal desarrollo del mismo y para que se cumplan los mandatos judiciales.</p>
<p><b>IUDICIUM</b></p>	<p>Es el elemento principal que consiste en la potestad de sentenciar o de declarar el derecho.</p>
<p><b>EXECUTIO</b></p>	<p>Es la facultad de los jueces de hacer cumplir sus resoluciones y recurrir a otras autoridades con tal objeto.</p>

## 2. LA COMPETENCIA

### 2.1. DEFINICIÓN

**La competencia es la limitación de la facultad general de administrar justicia a circunstancias concretas, como son el territorio, la materia, el turno, la cuantía, etc.**

El Juez tiene un poder llamado competencia que lo habilita para conocer determinado caso y para ejercer válidamente la jurisdicción. **La competencia es la medida o límite de la jurisdicción.** Se puede decir que la jurisdicción es el género y la competencia la especie, y que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos poseen competencia.

### 2.2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA

Entre los criterios para determinar la competencia se encuentran los siguientes:

- **La competencia en razón de la materia**

Es rígida y debe observarse bajo sanción de nulidad. **Está basada en la división del trabajo en el Poder Judicial.**

Existen jueces especializados en asuntos civiles, de familia, penales y de trabajo. En los lugares donde no existen jueces especializados se encuentran los jueces universales o mixtos que conocen todas estas materias. A su vez estas ramas se subdividen, en el caso del derecho penal, de acuerdo con el grado de especialización que exigen determinados delitos, por

la sustanciación que se le va a dar o por la situación jurídica de los procesados. Por el proceso de reforma del Poder Judicial, se requiere una mayor especialización; así se encontraban jueces penales especializados en delitos tributarios y aduaneros (Resolución Administrativa N° 339-97-CME-PJ del 18/03/97), en tráfico ilícito de drogas (Resolución Administrativa N° 328-CME-PJ del 27/02/97), en terrorismo (Resoluciones Administrativas N° 521-97-CME-PJ, del 20/11/97, y 596-98-CME-PJ, del 18/03/98), jueces de procesos sumarios y ordinarios, jueces de reos en cárcel, jueces de procesos en reserva y jueces de ejecución.

En el nuevo Código Procesal Penal sólo existe una referencia para aquellos delitos especialmente graves o los que produzcan repercusión nacional a efectos de que sean conocidos por jueces penales de jurisdicción penal ordinaria, pero bajo un sistema específico de organización territorial y funcional, así como el que los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y los delitos de secuestro o extorsión que afecten a funcionario del Estado sean de conocimiento de jueces de la capital (modificación introducida en el artículo 24° por el Decreto Legislativo 983).

- **La competencia territorial**

Ofrece mayor flexibilidad porque atañe a intereses secundarios, más formales que sustanciales. Tan es así que en un supuesto de incompetencia por esta razón no se produce la

nulidad de los actos procesales realizados (artículo 25°). Está basada en la necesidad de que la justicia llegue a todos con el menor costo y la menor dificultad.

Existe una delimitación de circunscripciones territoriales en que el ámbito geográfico comprende un número de juzgados y salas. La creación de distritos judiciales se realiza en función de áreas geográficas, de concentración de grupos humanos de idiosincrasia semejante y de volúmenes demográficos rurales o urbanos.

La competencia penal ordinaria se extiende a los delitos y faltas pero no alcanza para los delitos de función que se encuentran bajo la competencia del fuero militar (artículo 173° de la Constitución), ni los hechos cometidos por adolescentes que corresponden a la competencia de familia, ni tampoco a los asuntos que corresponden al fuero comunal (artículo 149° de la Constitución).

Para definir la competencia por el territorio se establecen los mismos criterios del Código de Procedimientos Penales. En tal sentido, según el artículo 21° de la norma citada, son:

- a) **Fuero primario o preferente:** La regla primaria está dada por el lugar donde se cometió el delito (en este punto se debe aplicar la teoría de la ubicuidad) o se realizó el último acto, en caso de tentativa o donde cesó la continuidad o permanencia del delito.

**b) Fuero secundario o subsidiario:** Comprende tres reglas que se dan en orden de prelación:

- Por el lugar donde se produjeron los efectos del delito.
- Por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito.
- Por el lugar donde fue detenido el imputado.
- Por el lugar donde domicilia el imputado.

También se regula la competencia en casos de delitos cometidos en medios de transporte, pues se ha establecido que debe asumir competencia el Juez del lugar de llegada más próximo.

- **La competencia funcional**

Corresponde a los órganos jurisdiccionales de diversos grados. La jerarquización de los jueces es una de las garantías de la administración de justicia. De acuerdo al nuevo Código Procesal Penal corresponde a cada nivel conocer los siguientes asuntos:

<p><b>SALA PENAL SUPREMA</b></p>	<ul style="list-style-type: none"><li>- El recurso de casación interpuesto contra sentencias y autos expedidos en segunda instancia por Salas Penales Superiores.</li><li>- La queja por denegatoria del recurso de apelación.</li><li>- Transferir la competencia en los casos previstos por la ley.</li><li>- La acción de revisión.</li><li>- Resolver las cuestiones de competencia entre el fuero civil y militar.</li><li>- Juzgar los delitos de función que señala la Constitución.</li></ul>
<p><b>SALAS PENALES SUPERIORES</b></p>	<ul style="list-style-type: none"><li>- La apelación de autos y sentencias expedidos por los jueces de investigación preparatoria y jueces penales.</li><li>- Dirimir cuestiones de competencia entre jueces de investigación preparatoria y jueces penales.</li><li>- Resolver los incidentes que se promuevan en su instancia.</li><li>- Dictar medidas limitativas de derechos a pedido del Fiscal Superior.</li></ul>

<p><b>JUECES PENALES</b></p>	<p>Pueden integrar un colegiado formado por tres jueces o actuar como un juez unipersonal, teniendo a su cargo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Dirigir la etapa de juzgamiento</li> <li>- Resolver incidentes que se promuevan en el juzgamiento.</li> <li>- Los juzgados colegiados resuelven pedidos de refundición o acumulación de penas.</li> <li>- Los jueces unipersonales resuelven los incidentes sobre beneficios penitenciarios, el recurso de apelación interpuesto contra sentencias de los jueces de paz letrados, las quejas en los casos previstos en la ley y dirimen las cuestiones de competencia entre Jueces de Paz Letrados.</li> </ul>
<p><b>JUECES DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA</b></p>	<p>Resuelven durante la investigación preparatoria:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Constitución de las partes.</li> <li>- Imponen, modifican o hacen cesar medidas limitativas de derechos.</li> <li>- Realizan el procedimiento para la actuación de la prueba anticipada.</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conducen la etapa intermedia y la ejecución de la sentencia.</li> <li>- Ejercen los actos de control de legalidad previo y posterior.</li> </ul>
<b>JUECES DE PAZ LETRADOS</b>	<p>Conocen los procesos por faltas.</p>

- **La competencia por razón de turno**

Obedecía a la necesidad de distribuir el trabajo en forma equitativa entre los jueces de una misma jerarquía, pero no cumplió con su objetivo puesto que en determinadas épocas del año aumentaba la criminalidad y, por lo tanto, la carga procesal en las fiscalías y juzgados que estaban de turno. En la actualidad, la distribución de trabajo se realiza a través de la Mesa Única de Partes que funciona como un Centro de Distribución, y se mantiene el criterio del turno del Juez Penal de Turno Permanente cuando se trata de denuncias con detenido.

En el nuevo ordenamiento procesal se establece la institución del «Pleno Casatorio» integrado por los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema, quienes emitirán doctrina jurisprudencial sobre casos que, por su naturaleza, requieran de una decisión que tenga carácter permanente y vinculante (artículo 433°.3).

### 2.3 COMPETENCIA POR CONEXIÓN

Frente a delitos conexos, es decir, delitos que tienen elementos de vínculo o enlace, éstos deben tramitarse en un solo proceso. Las razones de esta decisión son la economía procesal y evitar sentencias contradictorias que pueden darse si se tramitan de manera independiente.

En nuestra nueva legislación procesal existe conexión en los siguientes casos (artículo 31°):

- **Conexión por identidad de persona.** Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos, aunque cometidos en ocasión y lugares diferentes.
- **Conexión por unidad de delito.** Cuando varios individuos son responsables del mismo hecho punible como autores o cómplices.
- **Conexión por concierto.** Cuando varios individuos han cometido diversos delitos, aunque sea en tiempo y lugares distintos, si es que precedió concierto entre los culpables.
- **Conexión por finalidad.** Cuando unos delitos han sido cometidos para procurarse los medios de cometer los otros o para facilitar o consumir su ejecución o para asegurar su impunidad.
- **Conexión por imputaciones recíprocas.** Cuando se trate de personas que han sido

afectadas simultáneamente por sus acciones. Ejemplo: lesiones e injurias recíprocas.

En estos casos procede la acumulación y, en tal sentido, se debe determinar la competencia de la siguiente manera (artículo 32°):

- Si existe conexión por identidad de sujeto le corresponde la competencia al Juez del delito más grave.
- Si existe conexión por la unidad de delito, puede determinarse la competencia siguiendo las siguientes reglas:
  - a) Por la fecha de comisión del delito o por el turno.
  - b) Por el que tuviera el proceso más avanzado.
- Si existe conexión por concierto o por imputaciones recíprocas corresponde al Juez del delito de pena más grave o, en su defecto, el primero que hubiese conocido el caso.
- Si existe conexión por finalidad corresponde al Juez del delito de pena más grave.

### **3. LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA**

Se llaman así a los problemas que tienen que ver con determinación de competencia entre Jueces Penales o Salas Penales. Problemas que se presentan durante la tramitación de uno o más procesos. En el nuevo Código Procesal Penal se regulan los mismos cuestionamientos previstos en el Código de Procedimientos Penales, únicamente se añade la transferencia de competencia, que ya entró en vigencia en

todo el país, por lo dispuesto en la Ley N° 28481 del 04 de abril del 2005.

### **3.1. DECLINATORIA DE COMPETENCIA**

Su fundamento se encuentra en el principio de Juez Natural. La declinatoria puede ser planteada por el imputado, el actor civil y el tercero civil, con el fin de que el Juez Penal que conoce el proceso (que es incompetente por razón de la materia, jerarquía y territorio) se aparte del mismo y remita lo actuado al Juez que ellos consideraran competente. El Juez, ante esta petición, tiene dos alternativas:

1. Considerar fundada la petición y remitir todo lo actuado al Juez competente.
2. Sin suspender el proceso, elevar todo lo actuado a la Sala Penal Superior acompañando un informe en el que expone las razones en las que funda su competencia. La Sala Penal resolverá la declinatoria sin más trámite que la audiencia Fiscal.

Los actos procesales realizados hasta antes de la declinatoria conservan su valor, siempre que no exista una causal de nulidad.

A diferencia del Código anterior que permitía plantear la declinatoria de competencia en cualquier momento de la instrucción y hasta tres días antes de iniciada la audiencia en procesos ordinarios, en el nuevo código se establece que se puede plantear dentro de los diez días de formalizada la investigación.

### 3.2. CONTIENDA DE COMPETENCIA

Existen dos modalidades de conflicto o contienda de competencia:

- Contienda positiva de competencia o por requerimiento, que se presenta cuando dos o más jueces penales del mismo fuero o fuero distinto desean conocer una causa o proceso determinado. En este caso, el Juez requerido se niega a acceder al pedido, sosteniendo tener competencia sobre el proceso que viene tramitando, caso en el cual se elevará a la Sala Superior en el término de tres días.
- Contienda negativa de competencia o por inhibición, que se produce cuando los jueces desean abstenerse de intervenir. El Juez que viene conociendo el proceso se inhibe y remite a otro Juez que considera competente y este Juez también se niega a asumir competencia. En ese caso, en el término de un día hábil, se elevará el incidente al Superior a fin de que resuelva.

Este conflicto no se presenta cuando se trata de órganos jurisdiccionales de distinta jerarquía. Si un Juez Penal se ha enterado de que el Superior conoce los hechos que son materia del proceso que viene tramitando, debe comunicárselo inmediatamente, consultándole si debe remitirle todos los actuados y, viceversa, el Superior puede solicitar la remisión de actuados.

Cuando la contienda de competencia se produce entre jueces de investigación preparatoria o jueces (unipersonales o colegiados) del mismo dis-

trito judicial resuelve la Sala Penal Superior que corresponda según el distrito judicial. Si son de distinto distrito judicial, resuelve la Sala Penal del distrito judicial al que corresponda el Juez que previno corresponderá dirimir la contienda a la Sala Penal Suprema sólo si se tratasen de jueces que corresponden a fueros distintos (común y militar). También corresponde a la Sala Penal Suprema resolver la contienda entre Salas Penales Superiores.

### 3.3. ACUMULACIÓN

Acumular es la acción de unir o juntar dos o más cosas. En lo procesal es reunir varios procesos para darles una tramitación conjunta.

La acumulación es posible siempre que exista conexión. El nuevo Código Procesal Penal precisa los supuestos en los que se presenta (artículo 31°). Se mantiene la idea de dos tipos de acumulación:

- a) **Facultativa.** El Juez podrá acumular en caso que se encuentren en el mismo estado o instancia, además de no ocasionar un grave retardo en la administración de justicia. Esto es posible en los supuestos de conexión de identidad de persona, concierto, finalidad e imputaciones recíprocas.
- b) **Obligatoria.** El Juez no tiene otra alternativa más que la acumulación cuando se encuentre frente la unidad de delito, es decir, varios sujetos responsables de un mismo hecho.

La acumulación se puede realizar en la investigación preparatoria o para el juzgamiento y, en ambos casos, se permite que sea **a pedido de parte o de oficio**.

**No es posible la acumulación entre procesos de persecución pública y privada o entre los que se tramiten en el fuero común y militar.**

**Es posible la separación de procesos o desacumulación** siempre que se considere que la unidad no es necesaria para acreditar los hechos y se advierta que uno de los casos requiere diligencias especiales o de plazos más dilatados (artículo 51°).

### 3.4. INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN

Estos cuestionamientos tienen como base la ausencia de imparcialidad. El adjetivo imparcial refiere, directamente por su origen etimológico (*in-partial*) a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir. Semánticamente se refiere a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir. El calificativo de «imparcial» respecto al Juez debe entenderse como neutral.

La imparcialidad no es un elemento inmanente a cualquier organización judicial, pues requiere ser construida o lograda.

Existen dos tipos de imparcialidad:

- **Imparcialidad subjetiva o funcional**, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso.

- **Imparcialidad objetiva o estructural**, referida a la influencia negativa que pueda incidir en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Frente a un hecho que genera dudas sobre la imparcialidad del magistrado, pueden presentarse dos situaciones que tienen en común el alejamiento del Juez del conocimiento del proceso:

### *1. La inhibición o abstención*

Se presenta cuando el Juez reconoce que existen motivos para que se dude de su imparcialidad y que pueden entorpecer el desarrollo normal del proceso. En este caso **se aparta voluntariamente del mismo**.

Los motivos de la inhibición son las razones por las que el Juez podría ser recusado. Se ha previsto vínculos de parentesco, relaciones civiles o comerciales (con el imputado, la víctima o sus representantes) y la participación anterior en el mismo proceso. La norma procesal prevé un sistema *numerus apertus* para cualquier otra razón que afecte la imparcialidad.

La inhibición debe constar por escrito y en ella deben indicarse las razones de la decisión. Le corresponderá resolver a la Sala Penal Superior, pero con el previo conocimiento de las partes.

## 2. *La recusación*

Estamos frente a una institución procesal de relevancia constitucional, puesto que es el mecanismo que permite garantizar la imparcialidad subjetiva o funcional (al igual que la inhibición).

**La recusación es un acto procesal de parte dirigido a obtener el reemplazo del magistrado que conoce del proceso debido a la existencia de dudas respecto a su imparcialidad.**

**Las partes son las que solicitan al Juez que se aparte del proceso porque existen motivos para dudar de su imparcialidad y el magistrado no admite tener impedimento alguno.** El Ministerio Público puede pedir al Juez que se inhiba, pero no puede recusarlo.

GOLDSCHMIDT señala que «uno de los principios básicos del proceso es la imparcialidad. Esta imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador».

El recusante es la persona que solicita al magistrado o auxiliar de justicia que se aparte del proceso (artículo 58).

El recusante debe señalar detalladamente los hechos en los que funda su recusación y debe acreditarlos. La recusación puede fundarse en las causas taxativamente establecidas en la Ley o en aquellas que no estén previstas, pero que constituyan razones fundadas para dudar de su imparcialidad. Cabe indicar que sobre este punto el Código de Procedimientos Pena-

les presentaba un mejor desarrollo, puesto que contemplaba situaciones de parentesco, cargo (tutor o curador) y situaciones concretas de interés (ser víctima o testigo). Sin embargo, encontramos que el artículo 53° establece de manera genérica un “interés directo o indirecto” de juez o de sus parientes consanguíneos, adoptivos y por afinidad; “amistad notoria o enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo”; la relación de acreedor o deudor con alguna de las partes y la participación en el proceso en calidad de abogado, fiscal o juez en otra instancia.

Es relevante que en el nuevo Código Procesal el legislador considera no sólo el vínculo que surge a partir del matrimonio, sino también el que genera la convivencia. Además de señalar expresamente que todas las causales de recusación deben ser alegadas al mismo tiempo.

A pesar de la amplitud que puedan tener las causales indicadas es importante citar lo señalado por la Corte Suprema: *“la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; en consecuencia, no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento en cuestión para estimar lesionada la imparcialidad judicial. Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad.”* (A.P. 3-2007).

Se declarará inadmisibile o se rechazará de plano la recusación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando no se indique de manera clara la causal invocada.
- b) Cuando no se acompañen los elementos de convicción.
- c) Cuando se plantee de manera extemporánea.

El plazo para plantear la recusación es el siguiente:

- a) Dentro del tercer día hábil de conocida la causal que invoque.
- b) Si se encuentra para audiencia, hasta tres días hábiles antes de la fecha fijada para el inicio de ella (se debe resolver antes de que aquélla inicie). Si iniciada la audiencia se advierte una causal, deberá declararse de oficio.
- c) Si estuviera en fase recursiva, será interpuesta dentro del tercer día hábil del ingreso de la causa a dicha instancia.

Una vez admitida a trámite la recusación, el Juez puede tomar las siguientes determinaciones:

1. **Aceptar la recusación.** En este caso, se excusa y remite el expediente al Juez llamado por ley. Contra la resolución que contiene la aceptación de la recusación se puede interponer apelación y, en ese caso, se debe

remitir el incidente a la Sala Penal competente.

2. **No aceptar la recusación** (tanto si la recha-za de plano como si no conviene en la recu-sación, expresamente previsto en el artículo 56°). En este caso se forma el incidente de recusación, y en el día se eleva a la Sala Pe-nal competente que puede resolver decla-rando:

- **Fundada la recusación** y disponer se remitan los autos al Juez que debe con-tinuar conociendo el proceso.
- **Infundada la recusación.**

Contra lo resuelto no procede recurso alguno.

Tratándose de la recusación de Jueces de Paz Letrados, consideramos que al ser recusados le corresponderá al Juez Penal Unipersonal re-solver dicho incidente y, en el caso de Jueces de Investigación Preparatoria o Jueces Penales Unipersonales, la Sala Penal Superior. Tratán-dose de órganos jurisdiccionales colegidos (Juzgados penales colegidos, Salas Penales Superiores o la Sala Penal Suprema) será re-suelta por el mismo órgano, pero integrándo-se por otro magistrado.

Mientras se encuentre en trámite la recusación se podrá realizar todas las diligencias urgen-tes, está permitido resolver sobre la libertad o su privación, pero entiéndase que no es posi-ble sentenciar o poner fin al proceso. Tampoco se prevé, como en el Código de Procedimien-

tos Penales, la posibilidad de suspender el trámite del proceso por motivos razonablemente graves.

**Los miembros del Ministerio Público no son recusables.** Sin embargo, los fiscales tienen la obligación de excusarse si se encuentran comprendidos en alguna de las causales de inhibición (artículo 61°.4).

El nuevo Código Procesal Penal establece la **exclusión del fiscal**, institución por la que el superior jerárquico de oficio o a instancia de la parte afectada podrá reemplazarlo cuando no cumpla adecuadamente con sus funciones o incurra en irregularidades, y también cuando el fiscal incurra en las causales de recusación establecidas.

### 3.5. TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA

A través de la Ley N° 28481, vigente desde el 04 de abril del 2005 ,se pusieron en vigor los artículos 39°, 40° y 41° del nuevo Código Procesal Penal en todo el país. Dichos dispositivos están referidos a una novedosa institución que se aplicó en nuestro país a través del Ministerio Público por razones de seguridad y en la época más difícil en lucha contra el terrorismo.

Por esta institución, **el Juez que conoce un proceso podrá transferir o trasladar la competencia de dicho caso a otro Juez.** Podrá tramitarse a pedido del Fiscal, del imputado, de la parte civil y del tercero civil, quienes deberán establecer las

razones de su petición y adjuntando la prueba necesaria.

Según la norma vigente, procede en los siguientes supuestos:

- a) Cuando medien circunstancias insalvables que impidan o perturben gravemente el desarrollo de la investigación o del juzgamiento.
- b) Cuando sea real e inminente el peligro para la seguridad del proceso o de su salud.
- c) Cuando sea afectado gravemente el orden público.

**El trámite se efectuará en vía incidental.** Se corre traslado a quienes no solicitaron la transferencia, los mismos que deberán pronunciarse en el plazo de cinco días.

Dependiendo de si el traslado de competencia se realiza ante un juez del mismo distrito judicial o distinto distrito o se trate de una Sala Penal Superior, en el primer caso el incidente será resuelto por la Sala Penal Superior y, los últimos supuestos, por la Sala Penal Suprema.

Considerando que este cuestionamiento de competencia se puso en vigor en todo el país, se expidió jurisprudencia vinculante sobre su aplicación. Al respecto, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

*“No obstante, no sólo no es posible invocar de oficio esta institución procesal, pues la ley no lo autoriza – sino que en su caso la decisión sobre ese punto específico debe adoptarse con pleno respeto del principio de bilateralidad o del contradictorio y de la igualdad procesal.” (EXP. N° 2448-2005, Lima).*



## CAPÍTULO VII

### LOS PROTAGONISTAS DE UN PROCESO PENAL

#### 1. RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL PENAL

MANZINI define la relación jurídica procesal como la particular situación, regulada por el derecho, en que vienen a encontrarse, a consecuencia del ejercicio de sus facultades o el cumplimiento de sus obligaciones, los sujetos que pueden hacer valer su voluntad en el proceso penal.

**Es una relación análoga, pero no idéntica, a la del proceso civil**, dada la diversidad de intereses, la diversa posición de los sujetos y la diversa naturaleza de los efectos.

El contenido material de la relación está dado por la pretensión por la que se acciona y las facultades que a ella se refieren inmediatamente, mientras que su contenido formal está representado por las formas según las cuales se debe proceder y con las que pueden ejercerse las facultades jurídico-sustanciales.

Se trata, para nosotros, **de una relación jurídica procesal compleja**, en la que cada sujeto tiene un interés que pretende que se reconozca (aplicación de la pena, pago de la reparación civil, liberación de

la imputación, etc.). En algunos casos están confrontados y en otros coadyuvan: es el supuesto del Ministerio Público con la parte civil o del inculpado con el tercero civilmente responsable.

En el modelo mixto vigente la relación jurídica procesal no está claramente definida, pues el Juez suple o sustituye a las partes en algunas actividades procesales, tales como investigar, interrogar, disponer medidas de cautela protegiendo algunos intereses. Al desarrollar estas actividades pierde imparcialidad. En el modelo acusatorio adversarial que inspira al nuevo Código Procesal Penal, **quienes están en conflicto asumen sus roles, sin que el juez deba entrometerse, en resguardo del equilibrio e igualdad entre quienes están en contienda, de tal manera que aquél actúa como un árbitro, cuya función esencial es resolver el conflicto.**

## 2. SUJETOS PROCESALES

En un proceso penal no se puede hablar de las partes que discuten sobre sus pretensiones y buscan la solución de un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

Modernamente se conoce a los protagonistas de un proceso penal como sujetos procesales. Se entiende como tales **al Juez Penal, al Ministerio Público, al imputado, al actor civil y al tercero civilmente responsable.** En el nuevo Código Procesal Penal se incluyen a **la víctima y las personas jurídicas** sobre las que van a recaer las medidas accesorias previstas en los artículos 104° y 105° del Código Penal.

Además, en los procesos promovidos por acción privada, tenemos al **querellante particular**.

En el proceso penal, según GARCÍA RADA, existen dos tipos de sujetos procesales:

o **Principales**

Son aquéllos que intervienen en el desarrollo del proceso con facultades de decisión y ejercitando sus derechos con participación plena. Ellos son: el Juez Penal, el inculpado, el Ministerio Público, la víctima, el actor civil y el tercero civilmente responsable y las personas jurídicas.

o **Auxiliares**

Son los que intervienen en el proceso en forma secundaria pues su participación no es decisiva. Ellos son: los testigos, peritos y auxiliares jurisdiccionales.

Por su parte, ORÉ GUARDIA considera que «**son sujetos procesales indispensables el Juez Penal, el Ministerio Público y el imputado. Y sujetos procesales dispensables o contingentes el actor civil y el tercero civilmente responsable**».

## 2.1. EL JUEZ PENAL

Etimológicamente la palabra Juez proviene de las voces latinas «*Ius*» (Derecho) y «*Dex*», que deriva de la expresión *Cincex* (Vinculador). De ahí que Juez equivalga a “**vinculador del derecho**”.

En términos generales Juez es la persona a quien se le confiere autoridad para emitir un juicio fundado, resolver alguna duda o decidir una cuestión. En sentido estrictamente jurídico, **Juez**

**es el órgano instituido por el Estado con la potestad para conocer y sentenciar un litigio o un conflicto de intereses sometido a su decisión.**

**El Juez Penal es el órgano jurisdiccional que tiene la potestad de administrar justicia en asuntos penales, es decir, aplicar la ley a los hechos calificados como delitos o faltas.**

Con el nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) se refuerza la exclusividad en la labor jurisdiccional y también la imparcialidad, puesto que el Juez Penal de ninguna manera puede investigar, pues debe dedicarse únicamente al control de la legalidad (previa y posterior) en la investigación preparatoria, adoptando determinadas decisiones que autoriza expresamente la norma procesal, y a sentenciar cuando el caso ha sido llevado a juicio.

**Para ejercer la jurisdicción, el Juez Penal necesita tener capacidad procesal.** Existe una capacidad subjetiva que adquiere por el cumplimiento de requisitos exigidos por la ley: nombramiento, juramento y posesión del cargo, y una capacidad objetiva, que se establece por la competencia para conocer determinado proceso.

El Juez Penal dejó de ser el Director de la investigación. Ya no tiene una intervención activa en esta etapa, puesto que en el sistema que dejamos progresivamente actuaba la prueba ofrecida y la que considerase necesaria de acuerdo a cómo concebía el desarrollo de la investigación. Esto constituía una grave afectación al Debido Proceso, puesto que luego de realizar esta labor tam-

bién tenía que dictar medidas de coerción y sentenciar (proceso sumarios).<sup>1</sup>

A lo largo del desarrollo del proceso, el Juez ejercía, además de un poder jurisdiccional y disciplinario, facultades administrativas. Consideramos que para que la reforma opere en forma adecuada debe separarse claramente la labor jurisdiccional de la gestión.

En el nuevo sistema se distingue al Juez que participa de la primera etapa del proceso de aquel que se encargará del juzgamiento. Al primero se le conoce como **Juez de la Investigación Preparatoria** (también de garantías)<sup>2</sup>, que tiene la enorme responsabilidad de resolver la constante pugna entre la eficacia punitiva y los derechos o garantías del imputado, para lo cual debe realizar el control de legalidad de los actos de investigación; además, debe adoptar decisiones referidas a la constitución de partes, medios de defensa, prueba anticipada, medidas de protección y coerción, entre otros, considerando los elementos de convicción existentes logrados hasta ese mo-

---

<sup>1</sup> En la exposición de motivos del Código Procesal Modelo para Iberoamérica se realiza la siguiente reflexión: «... no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y al mismo tiempo, un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o el buen juez destierra al inquisidor».

<sup>2</sup> SUPERTI sostiene: «De ser ello necesario para la investigación, deberá ser un tercero a ese conflicto (investigador estatal-individuo) el que, actúe como juez de garantías, (...) en ese esquema, donde el fiscal investiga y los jueces actúan con competencia respecto a las garantías individuales, no sólo se advierte una adecuación al sistema acusatorio sino a la más profunda ideología constitucional».

mento y realizando sólo **juicios de probabilidad**. Al segundo se le conoce como juez de conocimiento (que puede ser unipersonal o colegiado), quien tiene a su cargo la etapa de actos de prueba (el juzgamiento) y la sentencia construida sobre **juicios de certeza**.

El Juez de la Investigación Preparatoria dirige las Audiencias realizadas en la investigación preparatoria y también la audiencia de control de sobreseimiento o de acusación en la fase intermedia de un proceso penal común. **Puede expedir sentencia en un proceso de Terminación Anticipada**.

Las facultades que tenía el Juez Penal en el proceso correspondían al modelo inquisitivo: en él se concentraban una serie de poderes. No podía admitirse dentro del pensamiento que inspiró nuestro viejo Código de Procedimientos Penales que el Juez asista al proceso como un espectador pasivo, como si fuera un árbitro en una contienda; se buscaba que el Juez tuviera la Dirección del proceso, una posición prominente y reguladora, ello se observa en sus facultades atribuidas que hasta son administrativas.

Este sistema significó el menoscabo de la imparcialidad judicial que se rescata en el nuevo Código Procesal Penal, en el cual se tiene un juez pasivo e inerte, desprovisto de facultad de investigar o de disponer actos procesales que corresponden a las partes de oficio, puesto que dichas atribuciones pueden inducirle a tomar posiciones, a inclinar su balanza por alguno de los inter-

eses en conflicto, que es lo que sucede cuando el Juez Penal amplía la instrucción de oficio, interroga o dispone el embargo preventivo de oficio. Consciente o no, está favoreciendo a algunas de las partes.

La competencia del juez unipersonal o juzgado colegiado está determinada por la pena que corresponde al delito materia de proceso. Los juzgados colegiados integrados por tres miembros conocerán delitos que tengan en **su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de seis años**, y el resto será competencia de los jueces unipersonales.

El Juez mantiene facultades disciplinarias, pues la norma procesal lo autoriza a suspender la audiencia y continuarla sólo con el abogado si el imputado altera el orden, o sustituir al abogado defensor por uno de oficio si se solidariza y abandona la audiencia con su patrocinado (artículo 73°).

## 2.2. EL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público surge por la necesidad de contar **con funcionarios públicos dedicados a la investigación de delitos y que actúen a nombre de la sociedad agraviada**.

Su origen histórico se remonta a Francia a comienzos del siglo XIV, cuando se dicta una ordenanza que crea a un representante especial para que vele por los intereses del Estado y defienda los de la sociedad, especialmente en el campo de los delitos. Con esto se perseguía suprimir la de-

nuncia privada que había alcanzado auge mediante el «chantaje».

En el Perú aparecen los Fiscales al instalarse la Real Audiencia y Cancillerías de Indias en mayo de 1542. Su función más importante era velar por los intereses de la real hacienda y el respeto de la jurisdicción real. Se sostiene que es en la República cuando se puede apreciar un órgano persecutor. Al Ministerio Público, desde la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, se le otorga mayor identificación con el ejercicio de la acción penal.

Con la Constitución de 1979 se rompe la tradición de considerar al Ministerio Público como parte integrante del Poder Judicial. **Sigue esta línea la Constitución vigente, que lo considera como un organismo autónomo y jerárquicamente organizado. Sin embargo, por el modelo mixto del procedimiento penal, el Ministerio Público seguía compartiendo su labor con el Juez, pues éste era el Director de la instrucción.**

Las funciones del Ministerio Público, en general, y del Fiscal Provincial, en especial, han evolucionado de la siguiente manera:

- o En el Código de Procedimientos Penales de 1940 tenía una función pasiva limitada a emitir un dictamen ilustrativo previo a las resoluciones judiciales.
- o La Constitución de 1979 le otorga la potestad de supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial.

- o **La Constitución vigente le asigna la potestad de dirigir la investigación del delito desde que se conoce la *noticia criminis*.** (Artículo 159°). La Constitución vigente recoge la concepción moderna del Ministerio Público, que debe llevar a cabo una función persecutoria que consiste en buscar, analizar y presentar las pruebas que acrediten responsabilidad o irresponsabilidad de los imputados y solicitar la aplicación de las penas correspondientes.

Dentro de esta concepción se encuentra también el nuevo Código Procesal Penal, puesto que en el sistema acusatorio conciben al Fiscal como director de la investigación con plenitud de iniciativa y con una autonomía funcional relativa: sus actos están sujetos al control del Juez de Garantía.

La Fiscalía es el órgano público del proceso penal y tiene una función requiriente más no jurisdiccional. Entre las funciones que el nuevo ordenamiento procesal le reconoce se encuentran las siguientes:

- o **El ejercicio de la acción penal**, que se plasma en el acto de acusación fiscal y culmina con la sentencia. El Fiscal no ejercita un derecho propio, sino por la facultad o poder que le reconoce la Constitución. Como un rezago del sistema inquisitivo, compartía esta función con el Juez Penal, lo que no era una garantía efectiva de justicia, puesto que debe existir separación entre la función del juez y del acusa-

dor, como bien se sostiene de manera mayoritaria en la doctrina.

- o **Conduce la investigación del delito desde su inicio**, pues apenas conozca la noticia criminal dispondrá que se realicen las primeras diligencias preliminares. Con este propósito se considera que la Policía Nacional cumple una labor de apoyo o de colaboración técnica.
- o **Es titular de la carga de la prueba**, pues le corresponde destruir la presunción de inocencia y debe practicar u ordenar aquellos actos de investigación que permitan comprobar la imputación. Sin embargo, también debe actuar aquello que permita eximir o atenuar la responsabilidad del imputado, puesto que si bien es quien tiene a su cargo lograr la efectividad en el ejercicio del poder punitivo del Estado, también le corresponde **actuar con objetividad**<sup>3</sup>.
- o **Elabora una estrategia de investigación adecuada al caso**, es decir, se encargará de planear una hipótesis incriminatoria haciendo uso de los recursos técnicos y pautas necesarias para el éxito de la misma.
- o **Garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias**. Como

---

<sup>3</sup> Esta exigencia está consagrada en el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal. Si bien el Ministerio Público es la parte interesada en lograr la aplicación de la sanción a la conducta delictiva, su actuación no debe guiarse por la idea de lograr el objetivo a cualquier precio, sino dentro del marco que establece la Constitución y la Ley.

la investigación del delito está a su cargo y existe un interés directo en la controversia, ante la inobservancia de las garantías generales o derechos específicos, es posible recurrir ante el Juez de la Investigación Preparatoria quien tiene facultades de control, pero también puede quedar excluido por decisión de su superior jerárquico.

- o **Emite disposiciones, requerimientos y conclusiones en forma motivada.** Las disposiciones se dictan para decidir el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones, la conducción compulsiva del imputado, testigo o perito, y la intervención de la policía a fin de que realice actos de investigación y la aplicación del principio de oportunidad. Los requerimientos se formulan para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal, y las providencias se usan para ordenar materialmente la investigación.
- o **Conducción compulsiva,** que procede en el supuesto de incomparecencia a una citación debidamente notificada. Debe haber utilizado previamente el apercibimiento correspondiente. Dicha medida de coerción debe levantarse en no más de 24 horas de ejecutada, bajo responsabilidad.

### 2.3. EL IMPUTADO

FERRI considera al inculpado como **el protagonista más importante del drama penal**. En nuestra legislación, al referirse al actor principal del

proceso penal, se encuentra una serie de denominaciones que se utilizan indistintamente:

- o **El inculcado o imputado.** Es la persona sobre la que recaen los cargos contenidos en la formalización de la denuncia.
- o **El procesado o encausado.** Es la persona contra quien se dirige la acción penal. Se le llama así desde el comienzo de investigación hasta la sentencia que le pone fin.
- o **El acusado.** Es la persona contra quien el representante del Ministerio Público ha formulado acusación.

**En sentido amplio, imputado o inculcado es la persona comprendida desde el acto inicial del procedimiento hasta la resolución firme.**

**La identificación del imputado es imperativa.** Si bien es cierto que al iniciar el proceso no es necesaria su presencia física, sí es necesaria su individualización. En el nuevo Código Procesal Penal se establece que esta exigencia se da desde el primer acto, distinguiéndose del tratamiento que sobre este tema se daba en el Código de Procedimientos Penales, que preveía que en la declaración instructiva el Juez debía consignar los datos de identidad que constituían las generales de ley. En esa diligencia se preguntaba al inculcado: los apellidos paterno y materno, su nombre, el nombre de los padres, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio real, edad, talla y peso, estado civil y profesión, si tiene hijos y el número de ellos, si ha sido antes enjuiciado o condenado y su documento de identidad. En el nuevo Cód-

go se requiere su nombre, datos personales, señas particulares y sus impresiones digitales.

El imputado puede abstenerse de proporcionar datos o lo hace falsamente, supuestos en el que se buscará identificarlo por otros medios, por ejemplo: por el reconocimiento de testigos. Sin embargo, advirtiendo los problemas que existen en esta materia, se regula expresamente que la duda sobre los datos obtenidos no alterará que el proceso siga su curso y, si hubieran errores, tendrán que ser corregidos en su oportunidad

**Durante la sustanciación del proceso, el imputado es titular de derechos y deberes.** El procesado goza de garantías de las que no puede ser privado.

El imputado **debe tener capacidad para estar en juicio, es decir, debe tener la aptitud de intervenir y ejercer plenamente su poder de defensa, así como otros derechos.** Quedan excluidos en este punto los que tienen la categoría de inimputables, es decir, menores de edad o personas que sufren de anomalías psíquicas graves.

**Tratándose de menores comprendidos en procesos penales, una vez verificada su edad con la partida de nacimiento o con el examen médico legal, deben ser puestos a disposición del Fiscal de Familia.** Por otro lado, en el nuevo Código se mejora la regulación respecto a que si el imputado que tiene alguna anomalía psíquica, pues considera dos supuestos:

- a) Si se trata de un supuesto de inimputabilidad existente al momento de la comisión del deli-

to, se ordenará la pericia especializada para luego decidir el inicio de un **proceso de seguridad**, que se ajusta a la regulación del proceso penal común. Sin embargo, su fin será la emisión de una sentencia absolutoria o de una medida de seguridad.

- b) Si es una anomalía psíquica sobrevenida, se ordenará la actuación de una pericia especializada. Después de analizar el caso en una Audiencia con la participación de las partes y los peritos, se **podrá disponer la suspensión del proceso hasta que el tratamiento de la dolencia permita reiniciarlo.**

El imputado sufre restricciones en sus derechos, se le puede privar de su libertad ambulatoria o de la libertad de disposición de algunos bienes por la aplicación de medidas coercitivas personales o reales, a las que el nuevo Código califica como medidas de coerción procesal.

De los derechos del imputado, los más relevantes son los previstos en el artículo 71° del nuevo ordenamiento procesal<sup>4</sup> y cuya vulneración podría dar origen a la acción de tutela, la cual tiene

---

<sup>4</sup> Decimos que son relevantes puesto que son derechos a ser observados durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, considerándose en la mayor parte de casos en supuestos en los que el imputado ha sido restringido de su libertad, así tenemos que debe conocer los cargos formulados en su contra, los motivos de la detención, el ser asistido por un abogado defensor, el que no se usen medios coercitivos o intimidatorios o contrarios a su dignidad, ser sometido a una revisión médica.

carácter residual<sup>5</sup>. Estas notas de la acción de tutela no fueron contempladas expresamente en el nuevo Código Procesal Penal (razón por la cual existían diversas interpretaciones y un uso inadecuado de este novísimo mecanismo procesal), sino que han sido introducidas por la Corte Suprema vía el Acuerdo Plenario N° 4-2010.

El único legitimado para plantear la tutela es el imputado y el amparo de su acción puede permitir la corrección (dejar sin efecto el acto vulnerador) o dictar medidas de protección. También es posible excluir material probatorio prohibido siempre que pueda generar sucesivas diligencias, sin que ello pueda dejar sin efecto la formalización de la investigación preparatoria.

## GARANTÍAS GENÉRICAS DEL IMPUTADO

### *La Presunción de Inocencia*

Es un derecho fundamental del procesado reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8°.2) En nuestra Constitución es considerado como una garantía de la administración de justicia.

**El inculpado no tiene que probar su inocencia porque ella se presume.** Todo hombre es inocente mientras no se pruebe lo contrario. Este derecho va de la mano del principio *Indubio Pro Reo*, que se aplica cuando no hay certeza de culpabi-

---

<sup>5</sup> Se hará uso de esta acción si la norma procesal penal no prevé un mecanismo de protección del derecho en cuestión o estando previsto no es efectivo.

lidad al momento de resolver, es decir, que si en el proceso penal existen dudas sobre la responsabilidad del inculpado y no se ha destruido la presunción de inocencia, éste debe ser absuelto de los cargos de la acusación fiscal.

Se consagra este derecho en el artículo II del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, en el que se resalta aquella parte que señala: «y debe ser tratado como tal», ello implica proscribir una serie de medidas atentatorias de este derecho, como presentar a una persona como culpable en los medios de comunicación cuando está siendo investigada o brindar información en ese sentido.

### *El Derecho de Defensa*

Es un componente del debido proceso y constituye una garantía de la administración de justicia. Es la única arma que tiene el ciudadano sometido a persecución penal frente al *ius punendi* estatal, aunque el nuevo Código Procesal Penal reconoce este derecho también a la víctima.

El derecho de defensa tiene dos dimensiones: **la defensa material** ejercida por el propio imputado, y la **defensa técnica**, que implica la intervención de un Abogado Defensor.

En el artículo IX del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal se consagra el **carácter inviolable e irrestricto** de este derecho, continente de otros, que son enumerados en forma taxativa:

- o El conocimiento de la imputación o intimación como se conoce técnicamente.
- o El derecho de ser oído.
- o El derecho a que se le conceda un tiempo razonable para preparar su defensa.
- o El derecho de expresarse en todos los extremos.
- o La prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo y el derecho que tiene el procesado a no declarar.
- o El derecho a ofrecer medios de prueba de acuerdo con su estrategia.

**El imputado tiene derecho de ser asistido por un defensor desde el inicio de la investigación, aun en el ámbito policial.**

En el Código de Procedimientos Penales la presencia del abogado defensor era obligatoria cuando se trataba de un imputado analfabeto, pero en caso de no encontrarse en esa condición dependía de éste el nombramiento de un abogado defensor de su elección o de oficio. La presencia de un defensor permite garantizar al imputado el conocimiento y experiencia que impida ser sorprendido por persecutor técnico, en otras palabras, garantiza la igualdad de armas.

Por las razones expuestas, el Tribunal Constitucional, al referirse al tratamiento de este derecho en el nuevo ordenamiento procesal, ha señalado:

*" (...) el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, en su artículo IX del Título Preliminar, establece que: "Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato*

*y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. A partir de dicha redacción se advierte que se supera la redacción estipulada en el ya mencionado artículo 121 del Código de Procedimientos Penales, ya que se prohíbe la posibilidad de que la persona pueda prescindir de abogado defensor desde que es citada o detenida, adoptando una perspectiva más amplia del derecho de defensa que es compartida por este Tribunal.” (STC N° 01425-2008-PHC/TC)*

La mayor parte de legislaciones considera **la declaración del imputado como un medio de defensa** (es el momento que tiene el imputado para responder los cargos formulados en su contra) y, por esta razón, aun en el caso en que se declarara convicto, el Juez tiene la obligación de practicar todas las diligencias necesarias para comprobar el delito y la veracidad de la declaración del imputado.

Para rendir su declaración, el imputado **debe estar debidamente informado** del hecho que se le atribuye, de los elementos de convicción existentes y de las disposiciones legales aplicables.

No es posible obligar al inculcado a brindar información, depende de su voluntad, expresada libremente y sin coacción, lo que se expresa en la garantía «Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo». De aquí se derivan una serie de consecuencias:

- o **La facultad del inculcado de abstenerse de declarar.** En el artículo 87° parágrafo 2) del nuevo Código se establece que el imputado tiene el derecho de abstenerse de declarar, de-

cisión que no podrá ser utilizada en su perjuicio. En el artículo 88° parágrafo 7) se agrega: «Si el imputado se niega a declarar, total o parcialmente, se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla se consignará el motivo».

- o **La facultad de que dicte su declaración** cuando sea tomada en la investigación preparatoria, expresamente autorizada en el artículo 87°.3.
- o **Voluntariedad en la declaración del inculpa-do y su libertad de decisión.** En el artículo 71° de la norma citada se prevé que no pueden emplearse medios coactivos ni intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni el imputado puede ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley.

La libertad de declarar se reguarda a tal punto que sólo se debe exhortar al imputado a responder con claridad y precisión las preguntas que se le realizan, pero se deja de lado la práctica de exhortar a decir la verdad. Tampoco será posible realizar un contrainterrogatorio al acusado, pues se establece en el artículo 88°. 3 que “en el juicio participarán en el interrogatorio todas las partes mediante un interrogatorio directo”. Se prohíbe realizar preguntas capciosas, ambiguas o sugestivas.

- o **El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo alcanza al cónyuge, o sus parientes**

**dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.**

#### **2.4. LA VÍCTIMA Y EL ACTOR CIVIL**

**La víctima o agraviado es la persona directamente afectada por la conducta delictiva o perjudicada por sus consecuencias.** Esta definición que trae el nuevo Código Procesal Penal recoge la solución a la dificultad que se presentó en aquellos delitos en los que no sólo existía un sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico afectado), sino también un sujeto pasivo de la acción (que sufría las consecuencias directas de la conducta desplegada por el agente).

Existe una ampliación en el concepto de agraviado, de modo que se consideran como tales a los herederos del occiso considerando el orden de prelación que prevé la legislación civil, también los accionistas, socios, asociados o miembros de los delitos cometidos en agravio de la persona jurídica que dirigen, administran o controlan. Se advierte que los bienes no son siempre individuales, pues también pueden ser difusos o colectivos, en cuyo caso la legitimidad para obrar puede estar en manos de cualquier persona o de las organizaciones que los representan. Nuestro legislador procesal incluye en el patrocinio de intereses difusos a los delitos de lesa humanidad, en lo que podría afirmarse “afectaciones individuales homogéneas”.

En el Código de Procedimientos Penales el agraviado tenía la calidad de un sujeto procesal se-

cundario, pues su participación se limitaba a rendir su declaración como un testigo más. Sin embargo, su posición en el proceso penal está siendo repensada, ello gracias al desarrollo de una especialidad denominada «victimología», al que debe sumarse también la fuerza normativa de la Constitución, que hace exigible derechos que corresponden a todo ciudadano, como el alcanzar la tutela judicial efectiva (que no supone sólo tener una reparación por el daño sufrido) o el derecho a la verdad.

En el modelo acusatorio inicial o puro, la víctima tenía en sus manos la persecución penal; en consecuencia, el ejercicio de la acción penal era privado para todos los delitos. Luego, el Estado va a asumir la persecución del delito, encargando su promoción y desarrollo a una entidad conocida como el Ministerio Público, lo que produce una verdadera confiscación o expropiación de los intereses de la víctima. Esta característica predominó en el modelo inquisitivo y mixto.

En el modelo acusatorio adversarial se da mayores facultades a los fiscales, pero también se reconoce mayor participación a la víctima. En el nuevo Código Procesal Penal se reivindica a la víctima mediante una serie de cambios:

- o **Reconocimiento de un catálogo de derechos.** El artículo 95° del ordenamiento procesal reconoce los siguientes derechos: a ser informado de los resultados de la actuación en la que ha intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no hubiera inter-

venido en él; a ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal; a recibir un trato digno por parte de las autoridades competentes; a la reserva de su identidad en los delitos contra la libertad sexual y a impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria. Si se tratara de varios agraviados, éstos pueden designar a un apoderado común, siempre que se den las condiciones previstas en la ley: que no existan defensas incompatibles, que no representen intereses singulares o formulen pretensiones diferenciadas y cuando el Juez lo requiera. Se advierte en este punto un tratamiento cuidadoso de parte del legislador de las facultades que confiere a la víctima, estableciéndose un catálogo cerrado o *numerus clausus*. En el nuevo Código de Justicia Militar (D.L. N° 1094) encontramos un sistema similar, pero se añade algunos otros derechos, como los de no afectar su intimidad, a requerir medidas de protección para él y su familia, a aportar información durante la investigación, a ser debidamente notificado de las decisiones que puede impugnar o pedir su revisión. Sin embargo, consideramos que a la luz de la Constitución la regulación realizada en la norma procesal se debe considerar enunciativa, y otros derechos contenidos en garantías generales podrían ser reconocidos sin necesidad de una regulación expresa.

- o **Participación en el proceso.** Implica su interés como víctima en el resultado penal del proceso, pero también la posibilidad de plantear su pretensión civil en este proceso, para lo cual es necesaria su constitución en actor civil.
- o **Relevancia de su consentimiento.** Existe la posibilidad de que el titular de la acción penal se abstenga de la persecución cuando existe un acuerdo entre imputado y agraviado respecto a la reparación del daño. Se aplica, para ello, el principio de oportunidad previsto para determinados supuestos.

La comisión de un delito genera **dos clases de acciones:**

- o **De carácter penal,** destinada a conseguir la aplicación de la sanción que es de orden público y, como tal, no puede ser modificada por determinación privada. El ejercicio de la acción penal corresponde generalmente al Ministerio Público.
- o **De carácter civil,** destinada a conseguir el resarcimiento económico del daño causado por el delito, pues éste ocasiona un perjuicio a la víctima, sea un daño moral o material.

El ejercicio de la acción civil en el proceso penal corresponde a la persona lesionada o perjudicada por el delito, pero también tienen legitimidad para obrar sus parientes más cercanos (considerando el orden sucesorio) o representante; es de interés privado y tiene un contenido patrimonial. La sanción civil (reparación civil) **puede ser objeto de transacción o renuncia.**

La acción civil ya no se considera como una pretensión accesoria a la penal, de modo que se abandona la idea de que la existencia del proceso penal es el presupuesto necesario para ejercitar la acción civil; en otras palabras, se abandona la idea de que cuando se desecha la acción penal, desaparece la pretensión civil derivada del delito. El nuevo Código Procesal Penal las considera **pretensiones autónomas considerando que tienen presupuestos distintos para su configuración**: mientras la responsabilidad penal se sustenta en la existencia de un delito y de culpabilidad, mientras la responsabilidad civil se sustenta en la existencia de un daño. Tan es así que dispone: *“La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda”* (artículo 12°.3). También se prevé que en caso de aprobar u homologar la transacción realizada por este extremo no corresponde al Fiscal pronunciarse sobre la reparación civil en su acusación (artículo 14°.2).

Se puede ejercitar conjuntamente con la acción penal (el nuevo Código Procesal Penal, al igual que el Código de Procedimientos Penales, asume el sistema francés, llamado también sistema de “unidad de causa”, que se inspira en el principio de economía procesal) y **su ejercicio es potestativo**. El agraviado puede recurrir a otra vía o no ejercitar la acción: si opta por ejercer su derecho en la vía penal ya no podrá presentar su demanda indemnizatoria en la vía extrapenal, salvo que

desista antes del inicio de la etapa intermedia, en cuyo caso deberá correr con el pago de costas.

Para constituirse en parte civil se deben observar las siguientes condiciones:

- o Que la acción nacida del delito afecte a quien la ejercita.
- o Existencia de daño material o moral acreditados y apreciables económicamente.
- o Interés personal, directo y actual, no futuro.
- o Si se trata de un pariente del agraviado o su representante, deberán acreditar el entroncamiento y la representación, respectivamente.

A diferencia del Código de Procedimientos Penales que permitía que quien deseaba constituirse en parte civil podía hacerlo en forma verbal o por escrito y en cualquier momento del proceso antes de iniciado el juicio oral, el nuevo Código Procesal Penal exige que la constitución del actor civil sea por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria, solicitud que debe observar el contenido establecido por la norma procesal citada bajo sanción de inadmisibilidad (identificación de afectado o su presentante, indicación del nombre del imputado y del tercero civilmente responsable, el relato de los hechos y las razones que justifican su pretensión, y la prueba que acredita su derecho). Además, se podrá realizar la constitución civil hasta antes de culminar la investigación preparatoria.

La constitución de las partes debe realizarse en audiencia dirigida por el Juez de Investigación

Preparatoria (actuación que se viene obviando cuando se trata de la defensa del Estado). Frente a la decisión de constituir al actor civil ya no cabe oposición del fiscal o de la defensa, sino recurso de apelación.

Cuando el agraviado se constituye en actor civil, adquiere la calidad de sujeto de la relación procesal y tiene participación activa, pues puede deducir la nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, intervenir en el Juicio Oral, interponer los medios impugnatorios contra las resoluciones que le produzcan agravio, intervenir en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos, o demandar la nulidad de transferencias o gravámenes. **No le está permitido pedir la sanción.**

El actor civil busca en el proceso penal el resarcimiento del daño causado por el delito, en otras palabras, busca obtener la reparación civil que comprende:

1. **La restitución de la cosa.** La restitución es procedente cuando el delito se ha consistido en la sustracción de la cosa y es posible recuperarla y devolverla a su dueño. La restitución tiende a reintegrar la cosa a su legítimo propietario o, en algunos casos, en vez de devolver la cosa, dar su equivalente en dinero.
2. **El resarcimiento por daños y perjuicios.** El resarcimiento viene a ser la reparación del daño ocasionado por el delito, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

En el antiguo Código de Procedimientos Penales, la constitución del agraviado en parte civil no eximía al Ministerio Público de perseguir la reparación del delito. En ese sentido la parte civil coadyuvaba con el Fiscal pero no lo reemplazaba ni lo exoneraba de esta obligación que la ley le impone. Con la revalorización que se hace de la víctima en el nuevo sistema y teniendo en consideración el principio de igualdad de armas, una vez que se ha constituido en actor civil, el agraviado asume el control de su pretensión. La labor del Fiscal es totalmente independiente, de modo que expresamente señala el Código que **el Fiscal pierde legitimación sobre el objeto civil del proceso cuando la víctima o perjudicado se haya constituido en actor civil.**

## 2.5. TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

La acción civil en un proceso penal se dirige contra el responsable directo, que es el autor del delito, pero también se puede dirigir contra una persona ajena al hecho que tiene responsabilidad indirecta por la especial vinculación que tiene con el autor. **El tercero civilmente responsable es la persona natural o jurídica que sin haber participado en la realización del delito tiene que asumir sus consecuencias económicas. Sobre él recae la pretensión de resarcimiento en forma solidaria con el condenado.**

Se puede señalar las siguientes características:

- o **La responsabilidad del tercero surge de la ley.** En unos casos deriva de la relación de pa-

rentesco que une al autor directo con el tercero. V.gr.: El padre por su hijo. En otros casos por la relación de dependencia. V.gr.: El principal responde por el hecho causado por su empleado en el ejercicio de sus funciones.

- o **El tercero civilmente responsable interviene en el proceso penal por la vinculación con el procesado.** El artículo 111° del nuevo Código Procesal Penal establece que podrá ser incorporado a pedido del Ministerio Público o del actor civil.
- o El tercero civilmente responsable **actúa en el proceso penal de manera autónoma.**
- o **El tercero civilmente responsable es ajeno a la responsabilidad penal,** pero su responsabilidad deriva de la responsabilidad penal de otro.
- o Sólo son responsables civilmente aquellas personas **que tienen capacidad civil.** En tal sentido, puede recaer en una persona jurídica cuyo patrimonio responde por los daños ocasionados con el delito.
- o **La calidad de tercero civil debe ser declarada por el Juez de la Investigación Preparatoria antes de que culmine la primera etapa del proceso.** Es importante que sea oportunamente citado o notificado para intervenir en el proceso y ejercer su defensa a que su constitución se realice en audiencia con su activa participación.

- a) Si no fuere citado, no puede ejercer su derecho de defensa y, en consecuencia, la sentencia que lo condena al pago de la reparación civil no lo obliga.
- b) Si fue debidamente citado y no se apersona, su rebeldía no debe entorpecer el proceso. En tal sentido, queda sujeto a las consecuencias económicas impuestas en la sentencia.
- o **Sólo será apelable el auto que deniega el pedido de constitución del tercero civil.**
- o Frente a la víctima, **la responsabilidad civil con el condenado es solidaria.**
- o **Goza de todos los derechos y garantías que se le concede al imputado.**
- o En el nuevo ordenamiento procesal se hace mención expresa al asegurador, que puede ser llamado como tercero civil, si fue contratado para responder por los daños y perjuicios ocasionados en el desarrollo de determinada actividad. Entendemos que su responsabilidad está limitada al marco del contrato de seguro.

## 2.6. LA POLICÍA

Esta institución tiene como finalidades fundamentales mantener el orden interno, preservar y conservar el orden público, garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de las personas, los patrimonios públicos y privados, y prevenir y combatir la delincuencia.

El sistema que tuvimos vigente detentaba como una de sus funciones principales encargarse de investigar la comisión de delitos, siendo su intervención determinante por el dominio total de esta actividad. En el atestado policial que se confeccionaba se analizaban los hechos e incluso se llegaban a conclusiones que incluían una calificación de los mismos.

Con la vigencia del nuevo sistema procesal se pretende que la policía se convierta en el auxilio técnico del Fiscal, sin superposición de roles, sino más bien con la idea de que se complementen formando un equipo. Partiendo del diseño constitucional de las instituciones mencionadas, al Fiscal le corresponde dirigir la investigación y la policía debe ser su soporte técnico en diligencias urgentes e indispensables para individualizar a los presuntos autores o partícipes y asegurar las evidencias. Sin embargo, no se trata de efectuar todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, de modo que la investigación preparatoria se convierta en una mera reproducción de lo actuado en las diligencias preliminares.

Desaparece el atestado policial y se implementa un **informe policial** que contendrá los antecedentes de los hechos investigados, el análisis realizado, pero **de ningún modo la calificación jurídica de los hechos o la atribución de responsabilidades**. Al informe se acompañarán las actas realizadas de las actuaciones policiales.

## 2.7. EL MINISTERIO DE LA DEFENSA

Una garantía fundamental de la administración de justicia es el derecho irrenunciable a la defensa. VÉLEZ MARICONDE dice: «Es el **derecho subjetivo, público e individual de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad**».

Dentro de este contexto se encuentra el Ministerio de la Defensa que en nuestra legislación aparece como institución en el Código de Procedimientos Penales de 1940. Al ser el proceso penal una síntesis de acusación y defensa, con la existencia de estas instituciones se hace posible la contraposición de razones de quien acusa y quien defiende. **El contradictorio supone libre argumentación y la posibilidad de oponer unas razones a otras**, de destacar aquello que favorece al reo y de explicar su proceder.

En la actualidad, el Ministerio de la Defensa **está constituido por todos los defensores de oficio**. Incluye como beneficiarios de un servicio gratuito de defensa no sólo a los inculcados y acusados que no pueden designar defensor de parte o rehúsan designarlo por ser analfabetos, sino también a las víctimas de violencia sexual, menores de edad (Ley N° 27055).

Algunos autores consideran dentro del Ministerio de la Defensa también a los abogados designados por las partes, ya que en ambos casos cumplen la misma función: defender a quienes han sido denunciados o sometidos a un proceso penal, así como todos aquellos que defienden los

intereses de la parte civil y de los terceros civilmente responsables.

En el nuevo Código Procesal Penal se utiliza otra denominación, se hace referencia al «**Servicio Nacional de Defensa de Oficio**» destinado a proveer de defensa gratuita a quienes por sus escasos recursos no pueden designar un abogado de su elección o cuando resulte indispensable su presencia para garantizar la legalidad y el debido proceso.

Tratándose del defensor de oficio designado para ausentes, **éste asume su personería legal e interviene en todas las diligencias judiciales, haciendo valer todos los derechos y recursos legales que favorezcan a su defendido** (artículo 79°.3).

Uno de los avances de este nuevo Código es el desarrollo de un catálogo de derechos que corresponden al abogado defensor, los que a continuación se detallan:

- Prestar la asesoría desde que su patrocinado fue citado o detenido.
- **Interrogar directamente a su defendido**, a otros procesados, testigos y peritos.
- Recibir la asistencia reservada de un especialista o técnico, para poder ejercer mejor su defensa.
- Aportar los medios de investigación y de prueba que considere convenientes.
- Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.

- Tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la Ley, así como **obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado del procedimiento**. En este punto se establece el deber de reserva por parte del abogado que obtuvo las copias, siendo posible que tenga responsabilidad disciplinaria, llegando incluso a ser reemplazado por otro abogado o uno de oficio.
- Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales previa identificación.
- Expresarse con amplia libertad, oralmente o por escrito, siempre que no se afecte el honor de las personas naturales o jurídicas.
- Interponer los medios de defensa y medios impugnatorios permitidos por Ley.

También se establecen ciertas consecuencias ante su falta de diligencia, esa así que si el abogado no asiste a las diligencias a las que fue citado y éstas tienen carácter inaplazable será reemplazado por otro que designe el imputado o por uno de oficio. Y si no asiste injustificadamente a dos diligencias será requerido para que en el término de veinticuatro horas designe a su reemplazante o se nombrará uno de oficio.

## 2.8. PERSONAS JURÍDICAS

De acuerdo con lo previsto en nuestro ordenamiento penal sustantivo las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal; sin embargo, el

Código Penal prevé medidas que recaen directamente sobre ellas afectando sus derechos e intereses. Entre estas medidas se encuentran la clausura de sus locales, suspensión de actividades, la disolución de la persona jurídica y la prohibición de realizar determinadas actividades en el futuro (artículos 104° y 105° del Código Penal). Cada una de estas medidas tiene una configuración y efectividad distinta.

La aplicación de las consecuencias accesorias depende de la verificación en el caso concreto de tres condiciones: a) la existencia de un hecho punible; b) que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito; y c) que, se haya condenado al autor físico o específico del delito.

Para su incorporación al proceso penal se debe considerar lo siguiente:

- Debe existir un **requerimiento del Fiscal**; es al único que la norma procesal le reconoce legitimidad; y conforme al A.P. N° 7-2009 podría ampliarse al actor civil cuando se trata de la medida de privación de los beneficios obtenidos para cubrir la reparación civil.
- Le corresponde constituirla como parte al Juez de la Investigación Preparatoria, con conocimiento de las partes y en audiencia, siendo fundamental para esta decisión establecer **la cadena de atribución**, esto es, la conexión de la persona jurídica con ac-

ciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible.

- El requerimiento del Fiscal debe contener la identificación y domicilio de la persona jurídica, la relación sucinta de los hechos y la fundamentación jurídica correspondiente; debiendo explicar en su solicitud como se establece la cadena de atribución.
- La constitución deberá efectuarse antes de que culmine la etapa de investigación preparatoria.
- Se reconocen a la persona jurídica los mismos derechos y garantías que corresponden al imputado.
- La incorporación de la persona jurídica no tiene relación con la condición de tercero civilmente responsable, en la cual tiene que hacer frente a la pretensión indemnizatoria del actor civil. Entonces existiría una acumulación de pretensiones directas; pero independientes entre sí, puesto que obedecen a presupuestos distintos.
- Su rebeldía no afecta el desarrollo del proceso.

Una vez incorporada la persona jurídica al proceso se requerirá el nombramiento de un apoderado judicial, la que no podrá ser la persona natural a la que se le imputan los hechos; de no cumplir con el nombramiento en el plazo establecido por Ley, le corresponderá la designación al Juez.

## 2.9. RECONOCIMIENTO DE INTERESES DIFUSOS O COLECTIVOS

Normalmente se asume que los intereses difusos o colectivos son sinónimos; sin embargo la doctrina procesal realiza una distinción; RIVAS refiriéndose estos derecho indica lo siguiente: **“No tienen titular singularizado ni exclusivo - y de tal manera excluyente-**, cosa que no significa que no puedan existir afectados individuales, aun cuando pueda haberlos de manera concreta; en este último caso, la defensa del derecho tendrá un significado preventivo o restitutorio del beneficio común.”. Este mismo autor refiriéndose a derechos de colectivos dice: **“a nuestro juicio son distintos de los que hacen a la competencia, al uso de los servicios públicos o al consumo, y en general a los comprendidos en la categoría anterior, pues precisan, necesariamente, de un sujeto afectado individualmente, pero que por sus características, resonancia social y valor de antecedente, exceden el mero interés individual abarcando el conjunto social directa o indirectamente;** en un ejemplo, el derecho a no ser discriminado por razón de raza, sexo, color de piel, origen, etc.; la intangibilidad del salario propio disminuido dentro de una decisión oficial general o patronal que afecta también al conjunto de trabajadores o, según el caso, al propio conjunto social.”

El nuevo Código Procesal Penal no hace distinción entre uno y otro, limitándose a reconocer a asociaciones dedicadas a la promoción y defensa de los derechos afectados a asumir la representa-

ción extraordinaria de los afectados. La condición que deben cumplir para su constitución en parte civil, además de acreditar su existencia formal, es que su objeto social se encuentre vinculado directamente a los intereses dañados o puestos en riesgo.

Cabe indicar que no consideramos esta institución una forma de representación extraordinaria, sino una manifestación más de la legitimidad para obrar, que tratándose de un interés difuso debiera tener como titular a cualquier persona e incluso a entidades públicas como la Defensoría del Pueblo, aspectos no contemplados en la norma.



## CAPÍTULO VIII

### PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO O RESTRINGIDO

#### 1. DEFINICIÓN

Este principio, introducido por el Código Procesal Penal de 1991, es recogido en el artículo 2° del nuevo Código Procesal Penal. Se considera como **la contraparte del principio de legalidad procesal** si se asume como un sistema de discrecionalidad absoluta del órgano de persecución penal. Esto no sucede en nuestro país, en el que más bien se considera **una excepción al principio de legalidad**, de allí la denominación de “oportunidad o discrecionalidad reglada u oportunidad restringida”.

Por el principio de oportunidad se establecen criterios de selectividad **en la persecución penal**.

La ley determina los casos concretos por los que una persona es sometida a una pena o viceversa (no es la decisión particular de los órganos de la persecución penal). **Por el principio de oportunidad, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, se puede suspender la persecución penal o no iniciarla.**

En un ordenamiento procesal presidido por el principio de oportunidad, el órgano de persecución pe-

nal (el Ministerio Público) está expresamente autorizado, ante determinados delitos que no revistan esencial gravedad, a provocar el sobreseimiento, basados en razones como la escasa lesión social, la reparación del daño y la economía procesal.

Por el principio de oportunidad se confiere al titular de la acción penal la facultad de disponer de su ejercicio, bajo determinadas condiciones, con independencia de que se haya acreditado la existencia del hecho punible y la responsabilidad del autor.

## 2. ANTECEDENTES

El principio de oportunidad alcanza un **gran desarrollo en los principales Estados europeos** que instauran una política legislativa con notables criterios de aceleración del procedimiento, que se proyecta en tres vertientes:

- 1) **Descriminalización y creación de nuevos procedimientos administrativos simplificados.** Consiste en la transformación de infracciones penales leves en ilícitos administrativos, basados en que estos hechos tienen una mínima lesividad social y son poco frecuentes.
- 2) **Instauración del procedimiento penal monitorio.** Es un proceso especial destinado al enjuiciamiento de las contravenciones penales o faltas, informado por el principio de la escritura y caracterizado por la inmediata creación de un título penal de ejecución, que en ningún caso ha de conllevar aparejado pena privativa de libertad y frente al cual se le confiere al imputado el dere-

cho a aquietarse o a ejercitar su oposición mediante la instrucción del contradictorio.

### 3) **La potenciación del Principio de Oportunidad y de los Sistemas de «Transacción Procesal».**

En doctrina se distinguen dos modelos de aplicación del principio de oportunidad:

- **El Sistema Angloamericano**

**Se considera que la oportunidad es la regla y que es el principio rector de la persecución penal.** Se desconoce el principio de legalidad procesal que caracteriza al derecho continental. En este sistema, los fiscales ejercen sus facultades persecutorias con una discrecionalidad ilimitada.

- **El Sistema Centroeuropeo**

Tuvo su origen en Alemania e Italia, países en los que tradicionalmente se adopta el principio de legalidad en la persecución. Se considera que **el principio de oportunidad es la excepción**, lo que permite que en algunos casos definidos por la ley se prescinda de la persecución penal pública.

### 3. FUNDAMENTO

Para respaldar la aplicación del principio de oportunidad, en la doctrina se han presentado varios argumentos, entre los cuales tenemos:

- a. **Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad**, sobre todo para aquellas personas que nunca han delinquido y

- para evitar el contagio criminal que la cárcel suele producir.
- b. **Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación**, a cuyo cumplimiento efectivo queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad.
  - c. **Estimular la pronta reparación del daño**. Este objetivo suele ir acompañado de otras condiciones, tales como la renuncia del imputado al cuerpo del delito, el pago al Estado de los beneficios obtenidos mediante la infracción, la edad avanzada o el estado de enfermedad del inculcado.
  - d. **Orientarse hacia una política de desprocesamiento**, evitando que los delitos de poca gravedad, poco impacto social y leve penalidad sean objeto de proceso.

En nuestro país se adoptó este principio dentro del contexto de una política legislativa destinada a:

- Obtener un tratamiento rápido y simplificado de las infracciones leves.
- Agilizar la justicia penal ante un grave congestionamiento de los asuntos penales.
- La necesidad de que los órganos de persecución penal concentren su atención en hechos punibles graves o complejos.

#### 4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

- *¿Quién esta facultado para aplicar los criterios de oportunidad?*

Con la vigencia del principio de oportunidad se fortalecen y aumentan los poderes del Ministerio Público.

Se diferencia de los procesos iniciados por el ejercicio privado de la acción penal, en los cuales la facultad o discrecionalidad está a favor del particular que decide si ejerce la acción o continúa el proceso (querrela). El principio de oportunidad, tanto en nuestro ordenamiento procesal como en la legislación comparada, **no concede discrecionalidad a particulares o acusadores no oficiales, sino al Ministerio Público.**

- *¿En qué momento se puede aplicar el Principio de Oportunidad?*

El Ministerio Público puede aplicar los criterios de oportunidad extraproceso o intraproceso. Se precisa en el nuevo Código Procesal Penal que es posible la aplicación del principio de oportunidad durante la investigación preparatoria antes de que se formule acusación.

- *Aplicación extraproceso e intraproceso de acuerdo con la normatividad vigente*

La aplicación extraproceso se presenta cuando el Fiscal no ha decidido todavía promover la acción penal, y el imputado puede solicitar la aplicación del principio de oportunidad o considerar su aplicación de oficio. Este caso suele presentarse

en delitos flagrantes en los que el imputado admite su responsabilidad.

El Fiscal Provincial tiene dos posibilidades:

1. **Rechazar el pedido**, si considera que existe interés público en la investigación o el agente comete el delito en el ejercicio de sus funciones.
2. **Aceptar el pedido**. En este caso, citará al agraviado y al imputado para que lleguen a un acuerdo sobre la reparación del daño ocasionado por el delito.

Si existe acuerdo entre las partes o incluso si el agraviado por el delito no quiere que se le repare el daño sufrido, el Fiscal Provincial dejará constancia en el acta o en sus manifestaciones, y resolverá la abstención de la persecución penal, acto que es conocido como **disposición de abstención**. Esta resolución **tiene carácter definitivo**, con el efecto siguiente de evitar una nueva investigación por el mismo hecho.

Pero el agraviado también puede expresar su disconformidad, sea porque la reparación del daño no le satisface o porque simplemente le interesa más la iniciación del proceso penal y su eventual condena. En este caso el Fiscal Provincial deberá promover la acción penal.

La aplicación intraproceso se produce cuando el Ministerio Público promueve la acción penal sin aplicar los criterios de oportunidad, porque no fue solicitada por el imputado o se

rechazó su aplicación por no cumplirse los presupuestos necesarios o no se llegó a un acuerdo sobre la reparación del daño ocasionado. Se permite la aplicación del principio de oportunidad después de formalizada la investigación preparatoria y antes de que se formule acusación. En este último supuesto deberá resolverse la aplicación del principio de oportunidad en audiencia ante el Juez de la Investigación Preparatoria, que resolverá el **sobreseimiento del proceso**.

La resolución de abstención de la persecución penal que dicte el Fiscal o la de sobreseimiento que resuelva el Juez puede ser materia de impugnación por la parte interesada. En el caso de sobreseimiento, es posible impugnar la decisión sólo en el caso del monto de la reparación si es fijada por el juez cuando las partes no hubieran arribado a un acuerdo o respecto a las reglas impuestas si estas resultan desproporcionadas o irrazonables para el imputado (artículo 2°.7) Resulta novedoso que se faculte al Juez para imponer un monto en el supuesto de desacuerdo de las partes sobre ese extremo, apartándose del modelo inicialmente adoptado por nuestro país, en el cual sólo ante el Fiscal se arribaba al acuerdo o éste podía imponer el monto, para luego, el Juez decidir el archivo del caso (esta atribución no sólo es novedosa, sino que distorsiona a nuestro parecer la institución en estudio con el ánimo de lograr efectividad).

Sobre el acuerdo de reparación del daño corresponde indicar:

1. **No siempre va a ser la condición de aplicación del principio**, por ejemplo cuando el agente ha sufrido directa y gravemente los efectos de su acción.
2. Debe existir mínimamente una disposición de imputado y agraviado para la reparación del daño, aunque existan discrepancias en cuanto al monto y los plazos, pues **se autoriza para dar mayor eficacia a la institución que el fiscal o el juez (si es intraproceso) puedan imponer dichos aspectos**.
3. De existir un plazo para el pago, los efectos de la decisión de abstención o de sobreseimiento **se suspenden hasta que aquél se haga efectivo**.
4. De no realizarse el pago se dispondrá la promoción de la acción penal, decisión que es inimpugnabile. **Si la intención del legislador es disminuir la carga procesal, el problema se mantiene ante los supuestos de incumplimiento. A nuestro parecer antes de promover la acción penal, se debería generar un título de ejecución de modo que sólo se pretenda hacer efectiva la obligación asumida sobre la reparación del daño**.
5. Cuando se trata de asuntos que guardan cierta relevancia social o de interés público, el Fiscal puede requerir la imposición de

reglas de conducta o el pago de un importe adicional, con autorización del Juez de la Investigación Preparatoria (dicha decisión debe adoptarse en audiencia).

6. También se faculta el acuerdo reparatorio en los delitos de lesiones leves, hurto, hurto de uso, hurto de ganado, apropiación ilícita, sustracción de bien propio, apropiación de prenda, estafa, fraude en la administración de personas jurídicas, daños, libramientos indebidos, así como delitos culposos en los que no exista pluralidad de víctimas o concurso con otros delitos, salvo que sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

El Ministerio Público podrá aplicar este principio de oficio o a pedido del imputado, para lo cual citará a éste último y al agraviado a fin de realizar la diligencia para llegar a un acuerdo. **Puede obviarse esta diligencia si ya existe un acuerdo entre el imputado y el agraviado que conste en un instrumento público o privado legalizado notarialmente (artículo 2°.7).**

## 5. CRITERIOS DE APLICACIÓN

En el artículo 2° del nuevo Código Procesal Penal se establecen de manera taxativa los supuestos de aplicación del principio de oportunidad, que son los siguientes:

- **Que el agente haya sido afectado directa y gravemente por el delito**

Esta disposición no hace distinción entre hecho punible doloso o culposo, pues ambos están comprendidos. La ley exige que el agente haya sido afectado directa y gravemente por el delito que él mismo produce. Ejemplo: Cuando se produce un accidente automovilístico imputable al autor y por las características del hecho resulta gravemente herido o fallecen sus familiares próximos.

El fundamento de este supuesto es el **principio de humanidad del Derecho penal**, en cuanto se establece que la aplicación de una pena resultaría inapropiada para el agente.

Se permite la aplicación de este supuesto siempre y cuando se trate de delitos de escasa gravedad o de mínimo interés público en la sanción. Por ejemplo, no podría aplicarse en casos de tráfico ilícito de drogas o terrorismo. En este aspecto, el nuevo ordenamiento procesal es mucho más preciso puesto que establece que es aplicable esta causal siempre que este delito doloso o culposo **sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años**. La mención adicional realizada por el legislador: «que la pena resulte innecesaria», nos parece redundante, si tomamos en consideración las circunstancias que generan esta causal.

- **Cuando se trate un delito de mínima gravedad**

Este elemento está dado por la intensidad de interés público en la persecución penal.

Se comprende dentro de este supuesto a las infracciones que, por su escasa gravedad o por su falta de trascendencia social, sólo interesa resolver a las partes en conflicto. Estos delitos de escasa gravedad configuran un alto porcentaje de carga procesal porque distraen el esfuerzo de los operadores jurídicos que deberían prestar mayor atención a la investigación y juzgamiento de delitos considerados de gravedad.

La nimiedad de la infracción o la escasa importancia de la persecución penal, desde el punto de vista objetivo, están delimitadas por **el quantum de la pena prevista para el delito en su mínimo extremo**. Éste no debe ser mayor de dos años de pena privativa de libertad. La determinación del extremo mínimo de la pena no obliga al Ministerio Público a abstenerse de la persecución penal, puesto que tal atribución es facultativa.

En este punto no existen mayores modificaciones en el nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, observamos un grave error en la redacción del artículo 2°. Así, el párrafo b) establece que: «Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, **o hubieren sido cometidos por funcionario público en ejercicio de su cargo**». Una mejor redacción permitiría establecer que **no es posible la aplicación de esta causal cuando el delito es cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones**.

- **Mínima culpabilidad del autor**

Se puede entender en este supuesto que el Ministerio Público va a determinar la culpabilidad del agente y resolver en definitiva su situación legal. Lo anterior ha llevado a diversos autores a afirmar que existe un «juez antes que el juez».

Esta facultad otorgada al Ministerio Público sólo podrá aplicarse si efectivamente en la investigación preliminar realizada por él llega al convencimiento de la responsabilidad penal del autor o partícipe de un delito.

La culpabilidad es la forma como se reprocha el comportamiento del individuo por su actuar antijurídico. **La mínima culpabilidad del autor debe entenderse con relación a los casos en que la ley faculta la disminución de la pena por consideraciones personales del autor o del hecho que se investiga.**

En el nuevo Código Procesal Penal se restringe la aplicación de este supuesto al establecer la concurrencia de las atenuantes previstas en los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22° y 25° del Código Penal; establece, además, la condición de que no exista ningún interés público gravemente alterado y la no aplicación del principio cuando el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años o hubiera sido cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones (artículo 376° y siguientes del Código Penal).

- **Acuerdos reparatorios**

En aquellos casos en los que es posible privilegiar el interés de la víctima en una reparación del daño sobre el interés punitivo del Estado, es posible llegar a acuerdos reparatorios. Nuestra legislación procesal admite esa posibilidad en los siguientes casos: **lesiones leves, hurto, hurto de uso, hurto de ganado, apropiación ilícita, sustracción de bien propio, apropiación de prenda, estafa, modalidades defraudatorias, fraude en la administración de personas jurídicas, daños, libramiento y cobro indebido, además de los delitos culposos.** Pero esta regla no es posible de aplicar cuando existe una pluralidad de víctimas (el término “importante” que adopta el nuevo Código Procesal Penal en su redacción abre la posibilidad de evaluar cuando dicha pluralidad podría dejarse de lado, por lo que a nuestro parecer es apertura indebida) y, por otro lado, tampoco será posible cuando exista un concurso de delitos, salvo que el delito en concurso sea de menor gravedad a los indicados o sólo afecte bienes jurídicos disponibles.

- **La reparación del daño causado con la comisión del delito**

**Es el presupuesto principal y condicionante para la decisión del fiscal.** La reparación del daño es un equivalente a la reparación civil que prevé el Código Penal que comprende la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización por los daños y perjuicios.

En caso de incumplimiento por parte del agente, no existe impedimento legal para que el Fiscal disponga la continuación del procedimiento, sin perjuicio de que el afectado, por el compromiso incumplido, interponga una acción judicial en la vía civil.

## CAPÍTULO IX

### PROCESO MODELO: PROCESO PENAL COMÚN

El proceso penal común es el más importante de los procesos, ya que comprende a toda clase de delitos y agentes. Con él desaparece la división tradicional de procesos penales en función a la gravedad del delito, pues **sigue el modelo de un proceso de conocimiento o cognición**, en el que debe partirse de probabilidades y arribar a un estado de certeza. El recorrido de este tipo de proceso implica una primera fase de indagación o investigación, una segunda etapa destinada a plantear la hipótesis inculpativa debidamente sustentada y con arreglo a todas las formalidades exigidas por Ley, para concluir en la tercera fase de debate o juzgamiento.

Para la tercera etapa de este proceso es necesario considerar la gravedad de delito, criterio con el cual se determina la competencia del Juez Unipersonal o Juzgado Colegiado (constituido por tres jueces penales), dependiendo de que el delito esté conminado en su extremo mínimo con una pena privativa de libertad mayor de seis años.

## 1. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Esta primera fase del proceso penal común **está destinada a los actos de investigación**, es decir, a aquellos actos destinados a reunir información que permita sustentar la imputación a efectuar con la acusación. En ella se realiza la preparación para el ejercicio de la acción penal a través del planteamiento de una pretensión punitiva en la acusación, siendo también posible que se reúna información de descargo.

Existe sólo una etapa de investigación, en la cual es posible encontrar dos fases: por un lado, las denominadas **diligencias preliminares**; y por otro, la de **investigación preparatoria propiamente dicha**. Ambas etapas se manejan con sus propios plazos y tienen una razón de ser.

Las principales características de esta etapa son:

- **Es conducida y dirigida por el Ministerio Público.** El poder de la investigación recae por mandato constitucional en la Fiscalía, y ello incluye a las diligencias preliminares que realiza la Policía Nacional, la cual se convierte en un auxilio o apoyo técnico del Fiscal.
- Está destinada a suministrar evidencias que permitan resquebrajar el principio de presunción de inocencia, labor que recae en el Ministerio Público. Sin embargo, no exime a la defensa de realizar una labor de recolección de evidencia o elementos de descargo.
- Tiene un plazo de **120 días naturales**, y sólo por causas justificadas el Fiscal podrá prorrogarla por única vez **hasta por un máximo de 60 días**

**naturales adicionales.** Tratándose de investigaciones complejas (en las que se requiera una cantidad significativa de actos de investigación, numerosos delitos, cantidad importante de imputados o agraviados, organizaciones criminales o bandas, realización de pericias que comportan una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos, gestiones procesales fuera del país, etc.), el plazo de investigación preparatoria es de ocho meses. En este último supuesto, la prórroga por igual plazo debe ser concedida por el Juez de la Investigación Preparatoria.

Debe quedar establecido que el plazo de veinte días que el nuevo Código Procesal Penal prevé para las diligencias preliminares no es parte del plazo indicado para la investigación preparatoria, pues constituyen plazos independientes que deben ser sujetos a control (Cas. N° 02-2008, La Libertad).

- **Es una etapa reservada.** Este carácter va de la mano con la idea de evitar que se perturbe o obstaculice la labor del investigador, pero también con el afán de evitar el prejuzgamiento social y, con ello, la estigmatización del procesado.
- **Interviene el Juez de la Investigación Preparatoria,** que no tiene ninguna participación en la actuación de los medios de prueba. Se encuentra presente en esta etapa para velar por la legalidad (Juez de Garantía) y resolver cuestiones de fondo que se presenten en esta fase, tales como: dar por constituidas a las partes, resolver medios de de-

fensa, ordenar medidas limitativas de derechos y medidas de protección.

- **Concluye con un pronunciamiento del Fiscal.** Éste podrá decidir, en un plazo de 15 días, si formula acusación o requiere el sobreseimiento de la causa. En este último caso se basará en que el hecho atribuido no se realizó o no se puede atribuir al imputado, que el hecho imputado no es típico o concurren causas de justificación o exculpación y si la acción penal se ha extinguido por alguna de las causas que establece el Código Penal.

## 2. FASE INTERMEDIA

Comprende la denominada «Audiencia preliminar o de control de acusación», diseñada para sanear el proceso, controlar los resultados de la investigación preparatoria y preparar lo necesario para el juzgamiento. Para iniciar el Juzgamiento debe tenerse debidamente establecida la imputación, que la acusación no contenga ningún error (nombres que no corresponden, el delito difiere de aquel que fue materia de investigación, entre otros), que se haya fijado qué está sujeto a controversia y, por lo tanto, qué pruebas deben ser actuadas en el juzgamiento.

SAN MARTÍN CASTRO señala que esta Audiencia Preliminar tiene propósitos múltiples:

- Control formal y sustancial de la acusación.
- Deducir y decidir la interposición de medios de defensa.

- Solicitar la imposición, modificación o levantamiento de medidas de coerción.
- Instar un criterio de oportunidad.
- Ofrecer pruebas, cuya admisión está sujeta a la pertinencia, utilidad y conducencia de la misma, así como pedidos de prueba anticipada.
- Cuestionar el monto de la reparación civil pedida por el fiscal.
- Proponer otra cuestión para una mejor preparación del juicio.

Las características primordiales de esta etapa son las siguientes:

- Es convocada y **dirigida por el Juez de la Investigación Preparatoria**.
- Se realizará la Audiencia con la participación de las partes principales. Es obligatoria la presencia del Fiscal y del abogado defensor, pero no la del imputado.
- Se puede proponer la aceptación de hechos y la dispensa de pruebas, así como acuerdos sobre medios de prueba para acreditar determinados hechos. Se trata, en este caso, de las denominadas **convenciones probatorias**, que son acuerdos relativamente vinculantes, pues el Juez, sólo si resultan irracionales, puede desestimarlas.
- Concluida esta Audiencia, el Juez de la Investigación Preparatoria decide si expide el auto de enjuiciamiento o dicta el auto de sobreseimiento. El primero no es recurrible, y el segundo puede ser cuestionado vía el recurso de apelación.

### 3. ETAPA DE JUZGAMIENTO

Es la etapa más importante del proceso penal común, puesto que **es la etapa para la realización de los actos de prueba**, es decir, cuando se debe efectuar el análisis y discusión a fin de lograr el convencimiento del Juez sobre determinada posición. Esta tercera fase del proceso se realiza sobre la base de la acusación.

Las características más saltantes de esta fase son:

- Es conducida o dirigida por el **Juez Unipersonal o Juzgado Colegiado**, según la gravedad del hecho.
- Se requiere la presentación de la teoría o estrategia de caso, contenida en los alegatos preliminares o de apertura.
- Se rige por los principios de oralidad, inmediatez, publicidad, unidad, contradicción e identidad personal.
- Se introduce el interrogatorio directo y el contra-interrogatorio.
- El orden en la actuación de prueba ya no está guiado por el principio de preclusión, pues ahora responde a la estrategia o teoría del caso.

## CAPÍTULO X

### OTROS TIPOS DE PROCESOS

#### 1. PROCESO INMEDIATO

Se trata de un proceso simplificado o abreviado al haberse alcanzado prontamente los objetivos de la investigación, razón por la cual no es necesario agotar los plazos ni recorrer toda la etapa de investigación preparatoria; además, carece de etapa intermedia. Se sustenta en la búsqueda de la racionalidad y eficacia en aquellos casos en los que más actos de investigación resultan innecesarios.

Para su aplicación debe cumplir con determinados presupuestos:

- a) **Legitimidad para su incoación:** El requerimiento para su aplicación debe ser efectuado necesariamente por el Fiscal.
- b) **Límite temporal:** Debe haberse formalizado investigación preparatoria y sólo se puede requerir su aplicación dentro de los treinta días posteriores a dicho acto procesal.
- c) **Condiciones materiales:** Es posible incoar este proceso especial cuando se trata de un caso de flagrancia delictiva o de confesión sincera. En ambos casos deben existir suficientes elementos

de convicción logrados en las diligencias preliminares o incipiente desarrollo de la investigación preparatoria.

Entre sus principales características tenemos:

- Es posible su aplicación siempre que exista una disposición de formalización de la investigación preparatoria, concurren los presupuestos materiales indicados y previo interrogatorio del imputado.
- La autoridad judicial, pese a no existir una etapa intermedia propiamente dicha, realiza el control de la legalidad en dos momentos:
  - a) **Decisión de tramitar la causa como proceso inmediato.** Está a cargo del juez de la Investigación Preparatoria, quien va a observar la concurrencia de los requisitos previstos en la norma procesal para optar por esta vía, y debe tomar la decisión previo debate entre las partes.
  - b) **Control de la acusación.** En este caso interviene directamente el Juez de conocimiento (unipersonal o colegiado), quien se encargará de dictar el auto de enjuiciamiento y el de citación a juicio. Entendemos que dicha evaluación **supone sólo un control formal** (contenido de la acusación según el artículo 349° del NCPP) y no un control material, puesto que ello implicaría la pérdida de imparcialidad del juzgador. De ese modo parece haberse recogido en el Acuerdo Plenario 6-2010, que a la letra dice: “el segundo control a cargo de la autoridad judicial es el de la acusación, para ello

es preciso referir que en virtud al artículo 349<sup>a</sup> del NCPP tal requerimiento debe cumplir con determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponden controlar al juez del juicio oral, quien dictara el auto de enjuiciamiento (...)"

Generó cierta incertidumbre en qué momento se debían ofrecer los medios de prueba, puesto que en este tipo de proceso no existe etapa intermedia, y en el Acuerdo Plenario citado se establece que la **aportación probatoria se puede realizar al inicio del juicio oral**, bajo la conducción del Juez Penal a cargo del juzgamiento, el mismo que realizara un examen de legalidad, pertinencia, utilidad o conducencia para decidir la admisión o rechazo del material probatorio aportado (bajo esa misma lógica se realizará la constitución de las partes). A nuestro parecer el que el Juez evalúe la pertinencia, utilidad y conducencia del material probatorio implica una afectación importante a la imparcialidad, en el sentido de evitar prejuicios.

## 2. PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

Es un proceso especial que permite una salida simplificada **a través de la negociación entre el Ministerio Público y la defensa** (se basa en el principio de consenso). No debe ser considerada como una mera incidencia del proceso común (no debe ser incorporada como se venía haciendo en la Audiencia de Control de Acusación, A.P. N° 5-2008), sino que tiene autonomía al ostentar una estructura propia y singular.

Una vez formalizada la investigación preparatoria, se presenta la solicitud de terminación anticipada por parte del Ministerio Público, el imputado, o ambos. Realizada la admisión del pedido, corresponde la convocatoria a una audiencia privada, en la que se llevan a cabo los acuerdos que finalmente serán sometidos a la aprobación judicial.

El acuerdo al que arriben las partes **no versa sobre la responsabilidad penal del imputado**, puesto que ésta viene a ser una condición para su aplicación. Sólo son pasibles de negociar las consecuencias penales y civiles, el grado de desarrollo del delito o de responsabilidad del sujeto o la consideración de circunstancias modificatorias de la responsabilidad.

El acuerdo es sometido a aprobación judicial, encontrándose los Jueces de Investigación Preparatoria premunidos del poder de ejercer un control **de legalidad, razonabilidad** (tipicidad, parámetros legales de la pena y suficiencia de indicios) y **de proporcionalidad** (quatum de la pena y la reparación civil).

En las notas características de este proceso encontramos:

- a) **No existe limitaciones para su aplicación a determinados delitos**, aunque previa a su vigencia en el nuevo sistema procesal penal estuvo ligada a delitos de tráfico ilícito de drogas y aduaneros.
- b) **Están obligados a participar de la audiencia el Fiscal, el imputado y su abogado**. Los demás sujetos del proceso deben ser notificados, pero su presencia es facultativa.

- c) El acuerdo es tomado con un imputado que cuenta con la garantía de su defensa y previamente informado sobre los alcances de esta institución.
- d) Las alternativas del Juez de Investigación Preparatoria frente al acuerdo adoptado son dos: **desaprobar el acuerdo** (no puede absolver ni aumentar ni disminuir la pena o la reparación civil) y continuar con el trámite, o emitir una sentencia **aprobatoria** que necesariamente es condenatoria.
- e) De darse la sentencia aprobatoria del acuerdo, es posible acumular dos beneficios (los que deben estar diferenciados en lo posible al momento de elaborar el acuerdo):
- 1º La confesión sincera, que permite la reducción de la pena hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal. **Este beneficio depende de la discrecionalidad judicial** y siempre que no se hayan dado los supuestos de flagrancia o suficiencia probatoria que hacen irrelevante la admisión de los cargos.
  - 2º La reducción de una sexta parte de la pena concreta por el sometimiento a este procedimiento. **Este criterio es fijo y automático.**

La sentencia consensuada puede ser apelada por los sujetos procesales que no participaron del acuerdo. Sin embargo, el nuevo Código no contempla que podrían ser afectados los que participaron de la negociación cuando dicha resolución no respeta los límites del acuerdo y, si fuera el caso, también el auto de desaprobación puede causar agravio (en el

Acuerdo Plenario 5-2008 se contempla la posibilidad de impugnar en los casos indicados).

### 3. PROCESO DE SEGURIDAD

Es un proceso especial en razón a condiciones singulares, requeridas por la condición del procesado inimputable, pero que como todos tiene derecho a juicio y a la presunción de inocencia.

Como bien ha señalado la Corte Suprema la diferencia entre un proceso común y uno de seguridad se encuentra en el cambio del objeto jurídico, de modo que el debate se centra en el binomio peligrosidad/medida de seguridad, y no sobre la responsabilidad y la pena como se realiza en todos los demás procesos (Casación N° 16-2009, HUAURA).

Son características de este proceso:

- a) El Fiscal no formula una acusación, sino más bien **un requerimiento de imposición de una medida de seguridad.**
- b) Puede actuar a través de un curador o representado por quien designe el Juez de la Investigación Preparatoria.
- c) **No se puede acumular con un proceso común.**
- d) El juzgamiento se realizará con exclusión del público, y se puede disponer que se realice sin el imputado por razones de orden, seguridad o salud. También es posible no interrogar al imputado.
- e) Es imprescindible la presencia de los peritos psiquiatras en el juicio oral.

- f) La sentencia puede versar por la aplicación de la absolución o una medida de seguridad.
- g) De darse la transformación de un proceso de seguridad a uno común, no debe empezarse de cero, sino continuar con aquello que es compatible y **sólo repetir aquello que se hizo al margen de la bilateralidad y presencia efectiva del imputado.**



## CAPÍTULO XI

### ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

#### 1. FORMAS DE CONOCIMIENTO DE LA NOTICIA CRIMINAL

El Fiscal Provincial puede tomar conocimiento de la comisión de un delito por intermedio **del agraviado, por acción popular y, en forma directa**, por los medios de comunicación existentes o por la intervención de la autoridad policial.

De acuerdo con el nuevo Código Procesal Penal, el Ministerio Público tomará conocimiento del delito por denuncia de parte, acción popular, noticia policial y en forma directa. Se separa al Fiscal de la Policía y se establece claramente que a quien tiene que llegar la noticia criminal es el Ministerio Público. Por ello, si se entera la policía de los hechos, debe ponerlos en conocimiento del titular de la acción penal.

## Formas ordinarias de conocimiento de la noticia criminal:

<p><b>DENUNCIA DE PARTE</b></p>	<p>Es un acto formal en virtud del cual una persona capacitada y legitimada por ley trasmite la noticia criminis a la autoridad competente. Con ella se plantea la hipótesis a la autoridad, la cual deberá someterla a verificación.</p> <p>El manual operativo de diligencias especiales del nuevo Código Procesal Penal preparado por el Ministerio Público define la denuncia como <b>la manifestación verbal o escrita que se hace ante la Fiscalía competente o autoridad policial de la perpetración del hecho delictuoso que da lugar a una acción penal, ya sea pública o privada. La capacidad para denunciar está dada por la capacidad civil</b>, es decir, haber alcanzado la mayoría de edad (18 años).</p>
<p><b>ACCIÓN POPULAR</b></p>	<p>No es indispensable que el denunciante sea la víctima o el damnificado, pues puede tratarse de cualquier ciudadano. No sólo tiene legitimidad para denunciar el agraviado, pues se debe entender que la comisión de un delito va más allá del interés particular, ya que alcanza el interés de la sociedad. En el artículo 326<sup>a</sup> del nuevo Código Procesal Penal se establece que cualquier persona tiene la facultad de denunciar los hechos delictivos ante la autoridad competente, siempre que la persecución sea pública.</p>

<p><b>NOTICIA POLICIAL</b></p>	<p>Se produce cuando la policía conoce el evento criminal por alguna intervención o por un medio de comunicación social. Para iniciar los actos de investigación, deberá haber comunicado el suceso al Ministerio Público.</p>
<p><b>INTERVEN- CIÓN DIRECTA O DE OFICIO</b></p>	<p>Se trata del conocimiento directo del Fiscal, que puede haberse enterado en alguna intervención u operativo, pero también por un medio de comunicación social.</p> <p><b>La incapacidad de la persona que denuncia no obsta a que la investigación se inicie de oficio;</b> verbigracia, si un menor de edad pone en conocimiento a la autoridad de la comisión de un delito, se está ante una noticia criminis que el Fiscal debe asumir de oficio.</p>

En la mayoría de países, **denunciar es un deber legal**. Así se considera, por ejemplo, en Italia y España.

**En nuestro país, este deber alcanza a los funcionarios públicos y a los particulares en materias específicas** pero, de manera general, la omisión de comunicar no se halla criminalizada. El nuevo Código Procesal Penal, en el artículo 326° parágrafo 2), establece que están obligados a comunicar los obligados expresamente por la Ley, esencialmente los profesionales de la salud, así como **los educado-**

**res y los funcionarios que en razón de su cargo tomen conocimiento de un hecho punible.** Se establece también en este ordenamiento procesal quienes no están obligados a denunciar: **el cónyuge, los parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad, así como los que tuvieran que guardar el secreto profesional.**

No existe ninguna formalidad o requisito de admisibilidad para la denuncia, pues **puede ser verbal o escrita.** La primera se utiliza especialmente en los casos de acción popular y debe, necesariamente, levantarse un acta de dicha denuncia haciendo constar los detalles y circunstancias de la comisión del delito; además, debe ser suscrita por el denunciante y la autoridad que la recibe. El artículo 328° del nuevo Código Procesal Penal reitera la posibilidad de que pueda plantearse por escrito o verbalmente. Si es escrita, debe ser firmada por el denunciante, quién, además, debe colocar su impresión digital; si no puede firmar, basta la impresión digital pero deberá dejarse constancia del impedimento. Si es verbal, deberá consignarse en un acta.

La denuncia debe contener, además, una serie de elementos que son indispensables para que sea considerada como tal:

- La relación de las circunstancias del hecho delictivo, con expresión de lugar, tiempo, modo e instrumento utilizados.
- El nombre o nombres de los autores, cómplices y de las personas que presenciaron los hechos.

Se debe añadir a estas exigencias la prevista en el párrafo a) del artículo 328° del nuevo Código referida a la identificación del denunciante.

### **Forma extraordinaria de comunicar la noticia criminal**

<p><b>PREJUDICIALIDAD PENAL</b></p>	<p>Se denomina así al <b>hecho de hallar, durante la tramitación de un proceso extrapenal (civil, laboral o administrativo), indicios de la comisión de un hecho que la ley considera como delito y cuya resolución puede influir en la sentencia que ponga fin a esta acción.</b> El Juez del proceso comunicará el hecho al Ministerio Público para que éste, si encuentra que existe delito, formalice denuncia ante el Juez Penal. El Juez suspenderá la tramitación del proceso si la comisión del delito influyera en la sentencia por dictarse. Lo resuelto en la vía penal tendrá eficacia sobre la pretensión cuya tramitación quedó suspendida.</p>
---	---

## **2. INFORME POLICIAL**

En el sistema procesal que aún está vigente se encomienda a la Policía efectuar las diligencias e indagaciones previas al proceso. El resultado de esta labor es el atestado policial, informe de la policía en el que se establecen las conclusiones de la investigación de un delito. En el Derecho Comparado se le

define como un documento con un valor de mera denuncia. Algunos autores sostienen que, de calificar de esta manera al Atestado, se estaría negando el verdadero valor de fuentes de prueba a algunas actas de las diligencias practicadas por la autoridad policial.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA afirma que es posible distinguir tres actuaciones entre las diligencias policiales:

- a) Manifestaciones de los imputados o testigos o la identificación en rueda que tiene valor de mera denuncia.
- b) Dictámenes emitidos por los laboratorios policiales, que estarían comprendidos dentro de las pericias y deben ratificarse en sede judicial.
- c) Diligencias no reproducibles en el juicio oral, como inspecciones, registros, incautaciones, hallazgos, etc.. A estos actos se les denomina «actos de constancia».

En el nuevo Código Procesal Penal se establece que el Fiscal puede requerir la intervención de la policía para efectuar las **diligencias preliminares**, que son aquellas **actuaciones urgentes o inaplazables** destinadas a determinar el lugar de los hechos y el objeto de conocimiento, individualizar a los implicados y asegurar los medios de prueba. Consideramos que esta sub etapa tiene un objeto distinto a la de investigación propiamente dicha, siendo su propósito el reunir la evidencia indispensable para formalizar la investigación pero, esencialmente evitar que ésta se pierda. Por ello concordamos con los señalado por DUCE Y RIEGO, quienes señalan que: “Esta consti-

tuye una primera subetapa de la investigación. Su principal ventaja, como señalamos, consiste en la mayor flexibilidad que disponen los órganos de persecución penal para llevar adelante la investigación de los delitos (...).”

Estas diligencias preliminares se deben efectuar en un plazo de **20 días**, salvo supuestos de detención o casos más complejos, en los cuales la norma procesal deja a criterio del Fiscal disponer un tiempo mayor.

El fiscal debe realizar la ampliación por un tiempo razonable, para lo cual debe considerar dos tipos de criterios: **a) Subjetivos**, referidos a la actuación del investigado y del fiscal (inconcurrencia injustificada a las citaciones, ocultamiento o negativa de entregar información o el que se hayan realizado las diligencias idóneas o necesarias para el esclarecimiento de los hechos; y **b) Objetivos**, referidos a la naturaleza de los hechos investigados (si se trata de una organización criminal, el grado de colaboración de las entidades involucradas con el fiscal, la realización de exámenes o estudios especializados). (Doctrina jurisprudencial contenida en la STC. 2748-2010-PHC/TC).

Consideramos que no sería razonable que la ampliación dispuesta por el Fiscal tenga como límite máximo el plazo previsto para toda la investigación preparatoria, esto es, ciento veinte días u ocho meses, en todo caso, el límite máximo debe ser veinte días.

Concluidas las diligencias preliminares, la policía debe emitir el informe policial, que se distingue del atestado, puesto que sólo contiene los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos, **sin efectuar ninguna calificación de los hechos ni atribuir responsabilidades.**

Bajo los alcances del sistema anterior, las diligencias preliminares realizadas con la presencia del fiscal tenían valor probatorio. En el nuevo sistema procesal sólo tiene valor de prueba las actuaciones sometidas al juzgamiento, salvo la prueba anticipada.

### 3. FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Se puede definir la investigación preparatoria como **un acto no jurisdiccional y unilateral del titular de la acción penal (fiscal) que determina el inicio de una investigación formal contra determinada persona**, cumpliendo una función de garantía, puesto que permite al imputado un conocimiento cierto de la imputación y comienza, inevitablemente, la actividad de su defensa.

En el nuevo Código Procesal Penal, el Fiscal tiene, ante el conocimiento de la noticia criminal, varias posibilidades de actuación:

- **Investigar por sí mismo**, que implicaría realizar algunas diligencias de indagación en su Despacho.
- Requerir a la policía para que realice las diligencias preliminares bajo su dirección. En ese caso se elaborará un informe policial.

Efectuadas las diligencias preliminares, el fiscal evaluará los requisitos de procesabilidad, siendo posible que adopte las siguientes determinaciones:

- Si el hecho denunciado no es delito, no es justiciable penalmente, o existen causas de extinción de la acción penal, declarará que **no procede formalizar investigación y dispondrá el archivo de lo actuado**.
- Si no se ha individualizado o identificado a los presuntos autores o partícipes, ordenará la intervención de la policía para dicho fin.
- Si falta un requisito de procedibilidad que depende del denunciante, **reservará la investigación provisionalmente**.

Si el agraviado o denunciante no está de acuerdo con la decisión del Fiscal de archivar las actuaciones o reservarlas provisionalmente, requerirá al Fiscal para que en el plazo de cinco días eleve las actuaciones al Fiscal Superior.

Ante la decisión del archivo de la denuncia, el fiscal está impedido de promover una investigación preparatoria por los mismos hechos, salvo que existan nuevos elementos de convicción o no se haya realizado una debida investigación. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitu-

cional peruano, que indicó que si bien las decisiones de la fiscalía no están revestidas de la calidad de cosa juzgada, **sí tienen la calidad de cosa decidida**, siendo factible que sólo cuando la investigación presente un déficit o falta de elementos de prueba se pueda reabrir la investigación preliminar (STC. N° 2725-2008-HC/TC).

- Si, de acuerdo con el artículo 336° del nuevo Código Procesal Penal, el Fiscal tiene indicios reveladores de la existencia del delito, la acción no ha prescrito, se ha individualizado al imputado, y se ha satisfecho los requisitos de procedibilidad en los casos que lo requiera, **dispondrá la formalización de la investigación preparatoria**. A decir de DUCE y RIEGO, esta decisión es fundamentalmente de carácter estratégico, dado que ofrece al Fiscal la posibilidad de obtener autorizaciones judiciales para medidas o diligencias que suponen una restricción importante de los derechos del imputado.

La formalización de la investigación **constituye un acto de promoción o de impulso de la investigación preparatoria**, que contiene la imputación, pero no la pretensión punitiva, pues ésta recién se plantea en la acusación con un suficiente caudal probatorio. La imputación es la atribución de la comisión del hecho que la ley penal califica como delito a una o varias personas. Debe precisar los hechos, debe contener todo aquello que constituye delito, sin recortes ni limitaciones y sin omitir a ninguno de los autores o partícipes.

El nuevo Código Procesal Penal establece que la disposición del Fiscal de formalización de la investigación debe contener:

- a) La individualización o identificación del imputado.
  - b) **La exposición de los hechos:** la secuencia como se ha realizado el hecho delictivo (preparación, ejecución y sus resultados), es decir, todo lo que se conozca sobre el delito y sus consecuencias, así como la imputación asertiva, no condicional o condicionada.
  - c) **Tipificación del delito.** Este presupuesto en la denuncia penal es de suma importancia ya que el Fiscal califica jurídicamente los hechos, encuadrando la conducta en el tipo penal correspondiente. Lo novedoso en el nuevo Código Procesal Penal es la posibilidad de consignar **tipificaciones alternativas**. Esta labor de tipificación determina la exigencia de consignar la disposición legal aplicable.
  - d) La individualización del agraviado, si fuera posible.
  - e) Las diligencias que de inmediato deben actuarse.
- La formalización de la investigación tiene **dos efectos fundamentales:**
- a) Comienza a computarse el plazo de investigación preparatoria.
  - b) **Suspender el curso de la prescripción de la acción penal.** En una interpretación sistemática, se trataría más bien de una interrupción de la prescripción, tomando en consideración lo regulado

por el artículo 83° primer párrafo del Código Penal que establece: «La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido». Sin embargo, mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2010, se establece como una **causa sui generis de suspensión** que el plazo de prescripción deje de correr desde este acto procesal hasta que se obtenga una sentencia o resolución firme que pongan fin al proceso, siendo el sustento para una interpretación de esta naturaleza darle eficacia a la persecución penal.

c) **Necesaria intervención de la autoridad judicial.**

Corresponde comunicar de esta disposición al Juez de la Investigación Preparatoria, que constituye un Juez de garantía y cumple la función de observador imparcial. Solamente actuará en caso de que se estén afectando las garantías fundamentales de los intervinientes. No tiene, en cambio, ninguna potestad de juzgar o expedir sentencia, salvo en el proceso de Terminación Anticipada.

Al Juez de la Investigación Preparatoria no le corresponde calificar o evaluar la corrección de este acto, pero si controlar que la formulación sea clara, precisa y comprensible. Dentro de este marco, podría pedirle al Fiscal que complete algunos datos.

## 4. ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

### 4.1. DEFINICIÓN

La investigación es la primera etapa del proceso y está dirigida a reunir los elementos de convicción necesarios para establecer la existencia del delito y la responsabilidad. **Es la etapa de preparación para el ejercicio de la acción penal.** Se caracteriza principalmente por la búsqueda de evidencia y la preparación de medios de prueba de cargo y de descargo. En el juzgamiento, en cambio, predomina la actividad de control, debate y valoración.

Los colombianos CADAVID BOTERO y BEDOYA SIERRA sostienen que es una **fase de fortalecimiento** compuesta de una sucesión de actos que se despliegan con el fin de recaudar los elementos de convicción requeridos para que el juez de conocimiento someta a valoración las pruebas y determine el grado de responsabilidad del procesado.

EUGENIO FLORIÁN señala: «(...) tiene por objeto recoger el material para determinar, por lo menos aproximadamente, si el hecho delictivo se ha cometido, quién es el autor y cuál su culpabilidad. Esta fase se desenvuelve con una serie de actos que se acumulan o se subsiguen a intervalos y está caracterizada por el método del análisis».

MANZINI, desde una concepción publicista del proceso penal, la define como el conjunto de actos llevados a cabo por la autoridad judicial o por orden de ella, que se dirigen a averiguar por

quién y cómo se ha cometido un determinado delito y adquirir cualquier otro elemento necesario para la comprobación de la verdad, y se lleva a cabo antes del debate. Este el concepto que correspondería a la instrucción en el sistema procesal que abandonamos, que confundía las funciones de investigación con las jurisdiccionales.

## 4.2. CARACTERÍSTICAS

- **Dirigida o conducida por el Fiscal**

Debido a que el Fiscal es el titular de la carga de la prueba, le corresponde conducir esta etapa, puesto que debe indicar el hecho y suministrar sus evidencias que permitan destruir la presunción de inocencia. Esta característica corresponde al sistema acusatorio. El Fiscal dispone de la actuación de diligencias conducentes a esclarecer los hechos por si mismo o a través de la policía. Además, puede requerir el apoyo técnico y de otras autoridades o funcionarios. Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido, como límite, que la actuación fiscal se rige por un **principio de proscripción de la arbitrariedad**, es decir, que no se realice fuera de los parámetros establecidos en la Ley, esto es, de modo desproporcionado.

La actuación del fiscal también está guiada por su **deber de objetividad** que se consagra en el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, y que en términos prácticos se traduce en tener en cuenta la evidencia de descargo para construir, corroborar o descartar sus hipótesis, o el

descubrimiento que haga sobre ella en el momento que considere pertinente.

- **Es de carácter reservado**

**Sólo quienes intervienen en el proceso pueden conocer todo lo que ocurre en la investigación, pero no los extraños.** Existe en este punto un avance importante en el nuevo Código Procesal Penal, que se inspira en el principio de «igualdad de armas». Se permite que en cualquier momento las partes puedan obtener copia simple de las actuaciones efectuadas para efectos de la defensa.

La investigación no está al alcance de todos, puesto que la publicidad podría afectar el éxito de la investigación. Por esa misma razón se autoriza al Fiscal a disponer que se mantenga en secreto algún documento o actuación por un plazo de **veinte días**, plazo que puede ser prorrogado por el Juez de la Investigación Preparatoria.

- **Sirve para determinar la probabilidad de la imputación.**

En esta etapa no se ejecutan actos de prueba, sino sólo de investigación. Estos actos permiten sustentar la imputación y algunas decisiones del proceso como la limitación de derecho o medidas de protección. No tienen valor para generar certeza o convicción y sustentar una sentencia.

- **Tiene un plazo**

a) **Procesos que no son complejos:** El plazo de la investigación preparatoria será de **ciento veinte días naturales**. Por causas justificadas

puede prorrogarse hasta por **sesenta días, por una sola vez.**

**b) Procesos que son complejos.** Son aquellos que requieren una cantidad significativa de actos de investigación o comprendan numerosos delitos, pluralidad de imputados o agraviados, que involucren a integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones criminales, o que importen la realización de pericias que impliquen la revisión de nutrida documentación o complicados análisis técnicos, que requieran de la realización de gestiones de carácter procesal fuera del país o en los que se tuviera que revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado. El plazo de investigación preparatoria será de **ocho meses. La prórroga por igual plazo deberá concederla el Juez.**

- **Desarrollo de la audiencia preliminar**

Una novedad del nuevo Código Procesal Penal es la introducción de la oralidad y la contradicción durante la primera fase del proceso mediante la realización de las audiencias preliminares, que constituyen el escenario para la adopción de decisiones judiciales que implican control de ciertos presupuestos legales. Éstas serán **ordenadas y dirigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria** con la intervención de las partes.

Como señala DUCE y RIEGO, el carácter oral del nuevo proceso no importa solo el establecimiento de un juicio oral como etapa central del mismo, sino también que las decisiones más importantes,

durante todo su desarrollo, deben ser adoptadas como producto de la realización de audiencias en las cuales los intervinientes presentan oralmente sus peticiones y argumentos y tienen la posibilidad de controvertir la opinión del oponente.

Oralmente se debatirá y resolverá en ellas lo siguiente:

Medios de defensa, nulidad de transferencias, declinatoria de competencia, tutela de derechos del imputado, estado de inimputabilidad, anomalía psíquica sobrevenida, reexamen judicial de la incautación postal, reexamen judicial de la intervención de comunicaciones telefónicas, prueba anticipada, convalidación de la detención preliminar, prisión preventiva, prolongación de la prisión preventiva, revocatoria de la comparecencia, cesación de la prisión preventiva, internación preventiva, suspensión preventiva de derechos y control de plazos.

La contradicción se observa dentro de las diligencias propias de esta fase, puesto que se permite la asistencia de otros sujetos procesales, a los que se permite participación con sus respectivas alegaciones.

Tal vez la excesiva formalidad que se otorga a estos actos procesales hace que se pierda de vista que estas audiencias deben ser bastante sencillas, dinámicas y breves. Los jueces de investigación preparatoria asumen un rol de director de debates y, realizado el intercambio de información entre los involucrados, debe decidir.

El Juez de la Investigación Preparatoria instala la Audiencia y primero concede la palabra a la parte que hizo el requerimiento, a fin de que exponga brevemente su petición y sus fundamentos, para luego dar la palabra a la contraparte para que presente sus argumentos; luego, decide en el mismo acto o dentro del plazo establecido. El Juez debe cuidar que **la audiencia no se extienda innecesariamente o que se convierta en una anticipación del juicio oral, minijuicio o prejuicio.**

## 5. DILIGENCIAS QUE SE PUEDEN ACTUAR EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Uno de los mayores problemas del sistema que dejamos era la reproducción de las mismas actuaciones o diligencias en las distintas etapas del proceso. En el nuevo Código Procesal Penal, **las diligencias preliminares no pueden repetirse.** Sólo procede su ampliación cuando la diligencia adolezca de un grave defecto en su actuación o que deba complementarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos.

Entre las actuaciones a realizarse, tenemos las siguientes:

- Manifestaciones del imputado, agraviado, testigos y peritos que puedan informar o emitir dictámenes sobre los hechos. Su concurrencia es obligatoria. Ante la inasistencia injustificada, el Fiscal puede disponer su conducción compulsiva.
- Requerimiento de informes a particulares o funcionarios públicos.

- Diligencias que las partes hubieran requerido para el esclarecimiento de los hechos.

Se pueden realizar **actos especiales de investigación** como:

- a) **Circulación o entrega vigilada de bienes delictivos.** Consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen en el territorio o salgan o entren en él sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito.
- b) **Interceptación o apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos.** Esta medida, que se considera atentatoria de un derecho fundamental, se puede dar en forma excepcional, a pedido del Fiscal y por mandato del Juez de la Investigación Preparatoria.
- c) **Agente encubierto.** Es posible este medio especial de investigación cuando se trate de delincuencia organizada. Es indispensable que el agente sea policía, que se genere documentos de identidad y que se registre ante el Fiscal de la Nación. Sin embargo, el nuevo Código Procesal Penal prevé la figura del “agente especial”, esto es, un ciudadano que se encuentra inmerso en la organización y opera para lograr evidencia incriminatoria.

Los bienes delictivos a los que se hace mención corresponden a drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, materias o insumos para la elaboración de las mismas, bienes que correspondan

a delitos aduaneros, provenientes del lavado de activos, entre otros.

En estas actuaciones ante el Fiscal, es posible la participación de los sujetos procesales que así lo requieran, salvo que perjudiquen el éxito de la investigación o impidan la regular y pronta actuación de la misma.

Tiene el Fiscal, en dichas diligencias, facultades disciplinarias a fin de mantener el orden y normal desarrollo del acto procesal. La nueva normatividad le otorga facultades de sanción, tales como excluir a las personas en cualquier momento o, en casos extremos, utilizar el apoyo de la fuerza pública.

## 6. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

En el modelo anterior se dejaba a criterio del Juez Penal decidir en qué momento estaba terminada la instrucción, siempre y cuando se tuvieran elementos suficientes que acreditarán la comisión del delito y la responsabilidad de los autores.

En el nuevo sistema procesal, la investigación es dirigida por el Fiscal, por ello a él le corresponde darla por concluida cuando alcance sus objetivos.

Sin embargo, si vencidos los plazos el Fiscal no da por concluida la investigación preparatoria, las partes pueden solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la conclusión. Para tal fin, se efectuará una **Audiencia de control de plazos**, en la cual se revisará los actuados y se escuchará a las partes, para luego decidir si se da por concluida o no esta etapa.

A través de este mecanismo se pretende lograr que no se prolongue excesivamente la investigación en

detrimento del imputado respecto a su derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a la transformación de las medidas de cautela en anticipos de condena, así como el que el sistema de justicia penal se deslegitime ante la opinión pública. Sin embargo, se advierte en la realidad que el cumplimiento de los plazos depende también en gran parte de un sistema adecuado de gestión que agilice ciertos trámites con el auxilio de la tecnología.

En el desarrollo de esta Audiencia se advierte diversos problemas, entre ellos, si los plazos deben ser observados con rigidez. La Sala Penal Suprema en la Casación N° 02-2008, La Libertad, indicó que se trata de un plazo legal (no sujeto a discrecionalidad), previsto tanto para las diligencias preliminares como para la investigación preparatoria (en forma independiente). El plazo previsto para ésta última se computa desde la comunicación que se realiza de la formalización de la investigación al Juez de la Investigación Preparatoria (artículo 143.2).

## **7. ACUSACIÓN DIRECTA**

Es un mecanismo de aceleración del proceso que permite llevar adelante un proceso común sin tener que realizar una etapa de investigación preparatoria. A través de este mecanismo el Fiscal puede formular acusación en base a lo actuado en las diligencias preliminares, es decir, con el informe policial, puesto que cuenta con elementos suficientes de convicción, además de observar las condiciones de perseguibilidad y punibilidad.

Al hacer uso de la acusación directa, tenemos un proceso que no tiene formalización de la investigación preparatoria ni esta etapa propiamente dicha, surgiendo la inquietud de dónde se ubican determinados actos procesales cómo la constitución de las partes. Mediante el Acuerdo Plenario N° 6-2010 la Corte Suprema establece las siguientes pautas de aplicación:

- a) **El requerimiento acusatorio cumple las funciones de la disposición de formalización de la investigación**, es decir, individualiza al imputado y satisface la imputación clara y precisa de un delito; además, establece la suficiencia probatoria, determina la cuantía de la pena y la reparación civil, y ofrece los medios de prueba.
- b) El derecho de defensa es salvaguardado por el hecho que la acusación debe ser notificada a efectos del control formal y material que puedan realizar las partes.
- c) Si la víctima desea constituirse en actor civil podrá hacerlo antes de que concluyan los diez días de plazo otorgados por la ley procesal para que se realicen las observaciones necesarias a la acusación.
- d) Las medidas de coerción pueden ser requeridas para ser discutidas en la audiencia de control de acusación. Sin embargo, cuando existan razones de urgencia, el Fiscal puede pretender que se discutan en una audiencia autónoma.

## CAPÍTULO XII

### MEDIDAS DE COERCIÓN

#### 1. DEFINICIÓN

La coerción procesal comprende una serie de medidas sobre la persona del inculgado y sus bienes; puede tratarse de la limitación a la libertad ambulatoria o la disponibilidad de ciertas cosas. Estas limitaciones alcanzan a derechos fundamentales, que no son absolutos, pues están sujetos a restricciones legales ordinarias impuestas por orden público, bienestar general y seguridad del Estado.

ORÉ GUARDIA define a las medidas de coerción como: «(...) restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros, impuestas durante el transcurso de un procedimiento penal, con la finalidad de garantizar los fines del mismo».

Las medidas de coerción tienen como fundamento la necesidad de asegurar que la persona o cosa estén a disposición de la justicia en el momento que sea necesario, pues en el desarrollo del proceso puede darse una serie de actos del imputado o de terceros para rehuir el juicio o distorsionar la actividad probatoria. V.gr.: Ocultamiento de los efectos materia-

les del delito, acuerdos con los cómplices, intimidación de testigos, etc.

Al respecto, MÁLAGA DIÉGUEZ sostiene que las medidas provisionales adoptan funciones cautelares o aseguratorias de la prueba y tuitivas - coercitivas.

Nuestro nuevo ordenamiento procesal recoge tres finalidades (artículo 253°.3):

- a) Prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida,
- b) Impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad.
- c) Evitar el peligro de reiteración delictiva.

DUCE y RIEGO, refiriéndose a la coerción penal, señalan que constituye la posibilidad excepcional de afectar la situación normal y general con fines cautelares que rompe la lógica general de la presunción de inocencia.

## 2. CARACTERÍSTICAS

- **Son instrumentales.** Tienen una relación de medio a fin con el proceso. Son disposiciones que se dictan para cumplir con los fines que persigue el proceso. Carecen de finalidad propia.
- **Son coactivas.** Su concreción puede implicar el empleo de la fuerza pública, pero, al restringirse derechos fundamentales, es imprescindible brindar las máximas garantías de un proceso.
- **Son rogadas.** Con el Código de Procedimientos Penales se sostiene que no se aplica la regla pro-

pia del proceso civil de que para su concesión se requiera instancia de parte. En el nuevo Código Procesal Penal las medidas de coerción tienen el «carácter de rogadas», es decir, necesariamente deben ser requeridas por la parte legitimada. El artículo 254°, parágrafo 2), establece que: «... requieren de resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado».

- **Son urgentes.** Se adoptan estas medidas cuando se aprecian circunstancias que objetivamente generan un riesgo para la futura eficacia de la resolución definitiva. Para ello, el juez cuenta con limitados elementos de juicio, y su concesión debe ser rápida, de tal manera que su procedimiento tiene la nota de sumariedad.
- **Son proporcionales.** Se rigen por tres principios intrínsecos: **adecuación, necesidad y subsidiaridad.** El primero se refiere a que toda medida adoptada debe ser apta para alcanzar el objetivo pretendido; el segundo, a si la medida adoptada es precisa para asegurar el respeto de la ley o del interés público sin ir más allá de lo estrictamente necesario para ser eficaz; el tercero, a si no existe otra medida que sea menos lesiva para el interés privado, es decir, se trate de la «alternativa menos gravosa». Finalmente, la proporcionalidad exige que la resolución que contiene la medida debe ser motivada, de tal manera que puede estar sujeta al control jurisdiccional.
- **Son variables.** La regla «*rebus sic stantibus*» impone que la permanencia o modificación de una

medida estará siempre en función a la estabilidad o variación de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.

**Las medidas son susceptibles de alteración, variación y aun revocación.** Sobre la base de esta regla surge la discusión acerca de si las resoluciones que establecen una medida coercitiva tienen o no la autoridad de cosa juzgada. La doctrina mayoritaria le resta ese efecto. Son dos los motivos de esa posición:

- a) La cosa juzgada implica irrevocabilidad de la resolución por haber adquirido firmeza al precluir los medios de impugnación previstos legalmente para atacarla.
- b) El carácter de irrevocabilidad de la cosa juzgada es contrario a la función de las medidas cautelares que las hace esencialmente modificables.

La resolución que contiene una medida cautelar produce los efectos de cosa juzgada formal cuando adquiere firmeza por no existir o haber precluido la posibilidad de utilizar contra ella los medios de impugnación legalmente previstos.

Tiene dos manifestaciones:

- a) **Provisionalidad**, pues la medida tiene una duración limitada en el tiempo y debe desaparecer una vez que haya recaído la resolución definitiva. Debe diferenciarse de la temporalidad (independientemente de sobrevenir un evento determinado, la medida está sujeta a un tiempo determinado). Esta diferenciación

es la distinguida por CORAL ARANGUENA FANEGO.

- b) **Homogeneidad**, pues los efectos jurídicos que genera coinciden sólo parcialmente con los efectos de la sentencia principal. Se trata del mismo bien jurídico que puede resultar afectado por la sentencia de condena. Como señala SAN MARTÍN CASTRO, reviste cualitativamente las mismas características que las medidas ejecutivas.

### 3. CLASIFICACIÓN

En doctrina y en nuestro ordenamiento procesal se considera la siguiente clasificación de las medidas coercitivas:

- **Las medidas de naturaleza personal.** Recaen sobre la persona del procesado o de terceros, limitando su libertad física; tienen sólo efectos de mero aseguramiento. Entre ellas se encuentran: la prisión preventiva, el mandato de comparecencia y la incomunicación. La privación de la libertad es una de las medidas más graves que se pueden adoptar en un proceso penal y debe ser meditada por el Juez antes de decretarla.
- **Las medidas de naturaleza real.** Recaen sobre el patrimonio del procesado o de terceros limitando su libre disposición.

Estas medidas pueden tener cuatro efectos: 1) **De aseguramiento**, que se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que se pueda efectivizar la sentencia en cuanto a la res-

ponsabilidad civil. 2) **De conservación**, que constituye un mecanismo que permite mantener los medios de prueba en el proceso y que el Juez Penal pueda ejercer intermediación. 3) **De innovar**, cuando permiten la modificación de las circunstancias actuales, evitando que continúe la vulneración o peligro para el bien jurídico. 4) **De no innovar**, para mantener determinadas condiciones o situación.

#### 4. PRINCIPIOS DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

- **Principio de necesidad.**- Las medidas coercitivas sólo pueden imponerse cuando sean estrictamente necesarias, esto es, cuando el imputado ponga en riesgo cualquiera de estos objetivos: su comparecencia al proceso, la investigación del delito, la actividad probatoria y el cumplimiento de la pena probable por imponerse. El artículo 253º, parágrafo 3 del nuevo Código Procesal Penal, consagra expresamente este principio: «la restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere absolutamente necesario (...)».
- **Principio de proporcionalidad.**- La medida debe ser proporcional al peligro que se trata de prevenir, esto es, frente a riesgos menores, las medidas deben ser también de menor intensidad.

El artículo VI del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal consagra el principio de proporcionalidad. De igual manera se establece en el parágrafo 2 del artículo 253º.

MAIER sostenía sobre este principio que “resulta racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena.” La medida que se aplique no puede superar en gravedad a la sanción que le espera al sujeto por el delito cometido, pues con este principio se pretende evitar el exceso, es decir, que la medida de coerción resulte más gravosa que la propia pena.

Este principio de prohibición del exceso permite hacer efectivo lo que precisamente la presunción de inocencia prohíbe: que se trate a alguien que goza del estado de inocencia el mismo trato - o incluso peor- que a un condenado.

- **Principio de legalidad.-** Sólo serán aplicables las medidas coercitivas establecidas expresamente en la ley, en la forma y tiempo señalados por ella. La imposición de medidas restrictivas de derechos sólo se puede realizar a través de la Ley. Opera en este caso el principio de reserva legal, puesto que no se permite que estas medidas se regulen en normas de menor jerarquía al constituir restricciones a derechos fundamentales. Así se ha previsto en el artículo VI del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal y en su artículo 253°.

Este dispositivo se encuentra acorde con lo establecido por los numerales a) y b) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, que admite que los derechos fundamentales, además de ser regu-

lados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley.

- **Principio de prueba suficiente.-** Se deben dictar las medidas sobre cierta base probatoria, es decir, que exista una razonable y fundada presunción sobre la posible responsabilidad del imputado. Cuanto más grave es la medida, se requerirá mayor respaldo probatorio.
- **Principio de provisionalidad.-** Por este principio todos los presupuestos y las exigencias que deben ser verificados para el encarcelamiento preventivo subsisten mientras dure la prisión preventiva, pues la desaparición de alguno de ellos transforma la detención en ilegítima. Sobre este principio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: *“El principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar.”*

## 5. MEDIDA DE COERCIÓN PROCESAL CON FINALIDAD CAUTELAR

### 5.1. MEDIDAS PERSONALES

#### 5.1.1. Medidas que afectan la libertad ambulatoria o locomotora

La restricción de la libertad ambulatoria o locomotora ha sido tratada por las normas constitucionales como procesales con **carácter excepcional**: sólo se puede disponer en casos estrictamente necesarios y predeterminados por la ley.

Se considera como una medida excepcional, en primer lugar, porque la libertad es un derecho fundamental de la persona sin el cual el ser humano pierde una de las razones primordiales de su vida; en segundo lugar, por la presunción de inocencia que asiste a toda persona procesada. La detención constituye una limitación a la libertad ambulatoria (derecho intrínseco de la persona de trasladarse donde lo desee). En un proceso penal puede verse desde dos perspectivas diferentes:

- a) Como una medida precautoria.
- b) Como una condena.

El primer supuesto es la más grave y peligrosa intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera del individuo, puesto que no media una sentencia que la ampare.

Están previstos dentro de nuestro sistema los siguientes tipos de detención:

#### **a) La detención preventiva extrajudicial**

**Es realizada por la autoridad policial en caso de flagrante delito.** HURTADO POZO señala que la flagrancia comprende tres supuestos, que son habilitados en el artículo 259° del nuevo Código Procesal Penal, atendiendo a lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional *«(...) Tampoco cabe justificar la presente detención dentro de la denominada figura de «cuasiflagrancia» tal como lo sostiene la Sala Penal Corporativa de la Corte Superior de Justicia del Santa, pues al margen de que ni siquiera es aplicable al caso sub-*

*judice, toda vez que la detención no se produjo en el momento inmediatamente seguido a la presunta comisión del hecho delictivo, además de que la Constitución Política del Estado no alude en absoluto al supuesto de «cuasiflagrancia», por lo que no puede habilitarse subrepticamente supuestos de detención no contemplados constitucionalmente, sencillamente, por aplicación del principio de interpretación según el cual, las normas establecen excepciones, y el artículo 2, inciso 24), literal «f» que es regulatorio de las excepciones que restringen el derecho a la libertad individual, deben ser interpretadas restrictivamente.» (STC N° 1318-2000-HC-TC).*

Los supuestos indicados son los siguientes:

- **Flagrancia en sentido estricto.-** Descubrir al autor en el momento que está cometiendo el delito, como popularmente se dice: «con las manos en la masa».
- **Cuasiflagrancia.-** El caso del agente perseguido y detenido inmediatamente después de haber delinquido.
- **Presunción de flagrancia.-** Se sorprende a alguien con cosas o trazas que revelan que viene de ejecutar un delito.

El artículo 259° del nuevo Código Procesal Penal que regula este tipo de detención fue puesto en vigencia en todo el país en el año 2009, y ya ha sufrido una modificación en agosto de 2010 mediante la Ley N° 29569 respecto a la presunción de flagrancia, que ahora considera los siguientes supuestos:

- a) La persona es identificada por el agraviado o por un testigo o por un medio audiovisual o dispositivos o equipos que permiten registrar la imagen dentro de las 24 horas de producido el hecho.
- b) El sujeto es encontrado con efectos o instrumentos procedentes del delito o empleados para la comisión del delito que indiquen su participación en el mismo, dentro de las 24 horas de producido el hecho.

La ampliación realizada no ofrece mayores garantías a los ciudadanos, pero sí eficacia en la labor punitiva, por lo que se manifiesta cierta incompatibilidad con la idea de flagrancia del Tribunal Constitucional, que considera que ésta evidencia el delito y, por lo tanto, existe **un conocimiento fundado, directo e inmediato**, y no meras sospechas o indicios (STC. N° 5423-2008-HC/TC). Para el Tribunal Constitucional se presentan dos requisitos esenciales:

- **Inmediatez temporal**, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido momentos antes.
- **Inmediatez personal**, es decir, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, de tal manera que haya una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo.

La detención preventiva policial se puede realizar hasta por 24 horas o el término de la dis-

tancia si es un delito común y hasta por 15 días en los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje. La Policía debe dar cuenta al Ministerio Público y al Juez Penal.

A través de un precedente vinculante, el Tribunal Constitucional ha establecido que los plazos contemplados para la detención extrajudicial son el límite máximo y abstracto, siendo indispensable que se observe el plazo estrictamente necesario, es decir, aquel que corresponde a las exigencias del caso, siendo responsabilidad del Ministerio Público y del Juez velar por su estricto cumplimiento (STC. N° 6423-2008-HC/TC).

Con estos dispositivos se ensancha más los márgenes de la detención preventiva extrajudicial, lo que resulta incompatible con el carácter excepcional que define la Constitución.

Para los supuestos de detención extrajudicial, se incorporan ciertos deberes que la policía debe cumplir y que rodean de garantías su actuación, siendo ellos los siguientes:

- Comunicar inmediatamente al Ministerio Público.
- En los casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, también comunicar al Juez de la Investigación Preparatoria.
- Informar al detenido del delito que se le atribuye.

- Informar al detenido de los derechos que le corresponden.

#### **b) Arresto ciudadano**

Esta medida que autoriza a los ciudadanos a conducir al presunto autor de un hecho criminal ante la autoridad policial entró en vigencia en todo el país en julio de 2009 mediante la Ley N° 29372.

Las condiciones para su aplicación son las siguientes:

- Sólo es posible que se efectúe en **flagrancia en sentido estricto**.
- Autoriza al ciudadano **a conducir de inmediato** (lo que supone el término de la distancia) al arrestado ante la autoridad policial, no al encierro o privación de la libertad.
- Autoriza al ciudadano a recoger las cosas que constituyan el cuerpo del delito.
- Se debe redactar un acta sobre las condiciones de entrega.

Consideramos que autorizar a los ciudadanos a efectuar el arresto y a recoger la evidencia no habla bien del rol del Estado en materia de seguridad, puesto que se encomienda esta tarea a sujetos que no tienen la experiencia y conocimiento requerido para no afectar ningún derecho fundamental ni los resultados esperados para el proceso.

### c) **Detención Preliminar Judicial**

Con la Ley N° 27379 se incorporó en nuestra legislación este tipo de detención, conocida por MORENO CATENA como «detención imputativa». La detención preliminar judicial es la medida de privación de la libertad que se impone antes del inicio formal del proceso, pero con autorización del Juez de la Investigación Preparatoria.

En un primer momento se reguló su aplicación en forma restringida y extraordinaria, por ejemplo, para los delitos cometidos por organizaciones criminales que hayan utilizado recursos públicos o con la intervención de funcionarios y servidores públicos, delitos de peligro común, delitos tributarios y delitos aduaneros -siempre que participen varias personas u organizaciones criminales-, terrorismo y tráfico ilícito de drogas, contra la Humanidad y contra el Estado y la Defensa Nacional.

Sus presupuestos son los siguientes:

- **Suficiencia probatoria.** La existencia de razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito cuya pena privativa de libertad sea superior a cuatro años, ello cuando no se presente el supuesto de flagrancia.
- **Eludir el juzgamiento.** Cuando siendo sorprendido en flagrancia y estando detenido en un centro especial, decide fugar.

La detención preliminar también deberá efectuarse en un plazo de **24 horas**, y en los casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, por no más de **quince días naturales**.

En estos casos se prevé que el Juez de la Investigación Preparatoria pueda constituirse al lugar donde se encuentra el detenido y averiguar los motivos de su privación de libertad; además, se puede disponer su inmediato reconocimiento médico legal.

**La detención preliminar puede ser incomunicada.** Para ello deben observarse los siguientes presupuestos materiales y formales:

- Es posible en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, o por un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a los seis años.
- A pedido del Fiscal.
- Por mandato motivado del Juez de la investigación preparatoria.
- Puede ser adoptada por un plazo **no mayor de diez días**, siempre que no exceda el plazo de detención.
- **No comprende al abogado defensor.**
- El auto que dispone la detención preliminar incomunicada puede ser impugnada vía el recurso de apelación, que deberá concederse sin efecto suspensivo. El plazo para la apelación es de un día.

La detención preliminar está sujeta a convalidación del Juez de la Investigación Preparato-

ria cuando, vencido el plazo, se considera que subsisten las razones que motivaron esta detención. El Juez deberá efectuar la convalidación en una Audiencia con la presencia del Fiscal, el imputado y su defensor. **La detención convalidada sólo tendrá un plazo de siete días naturales**, luego del cual se tendrá que definir la situación jurídica del imputado.

#### d) **Prisión Preventiva**

Es una medida **estrictamente jurisdiccional que se adopta a instancia del Ministerio Público**, cuando resulte imprescindible privar de la libertad al imputado para conjurar un peligro de fuga o un riesgo de entorpecimiento de la investigación. ROY FREYRE la define como la privación de la libertad ambulatoria decretada por el Juez Penal al inicio o en el curso del proceso, tanto para asegurar el sometimiento del encausado a la aplicación de una pena con prognosis grave o relativamente grave, como también para evitar, al mismo tiempo, que perturbe la actividad probatoria.

El artículo 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. Lo mismo queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) que precisa que sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso. Asimismo, la Comisión Interame-

ricana de Derechos Humanos ha subrayado que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el imputado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación intimidando a los testigos, o destruyendo la evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa (Informe N° 12/96).

#### **Presupuestos materiales:**

En el nuevo ordenamiento procesal se encuentran regulados los presupuestos materiales en el artículo 268°. La exigencia es la misma, en cuanto a que deban darse en **forma conjunta**, puesto que dichos presupuestos son concurrentes:

- a) Prueba suficiente sobre la comisión de un delito doloso o culposo y de la vinculación del imputado con los hechos investigados (*Fumus boni iuris*).**

En el nuevo Código Procesal Penal se establece, en el artículo 268° parágrafo 1 literal a), que deben existir fundados y graves elementos de convicción que permitan establecer razonablemente la existencia de la comisión del delito y que se vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. El presupuesto de suficiencia probatoria se mantiene en la regu-

lación de prisión preventiva, advirtiéndolo que, cuando se refieren a «elementos de convicción», el legislador considera la existencia de datos objetivos (evidencias) que introducidos en el proceso permiten establecer como ciertos o probables los hechos investigados.

Este es el presupuesto que le da **legitimidad a la medida**, según lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad la medida es arbitraria.”* (Caso López Álvarez vs. Honduras). En el Convenio Europeo se establece que sólo se puede privar de la libertad a una persona cuando existen indicios racionales, es decir, elementos probatorios, de que se ha cometido el delito; con esta exigencia se fortalece el derecho a la presunción de inocencia.

#### **b) Pena probable superior de cuatro años**

Este presupuesto se encuentra previsto en el artículo 268°.1 del nuevo Código Procesal Penal. El Juez tiene que realizar un cálculo de probabilidades o prognosis de la pena que podría recaer en el imputado, teniendo en cuenta una serie de variables, como la pena conminada, el grado de participación y las condiciones personales. **La pena por impo-**

**nerse debe ser superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.**

**c) Peligro procesal**

Es el verdadero sustento de la medida cautelar, que no se presume, sino que debe estar fundado en circunstancias objetivas. Consiste en la posibilidad de que el imputado, por sus antecedentes u otras circunstancias, rehúya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria, es decir, **existe un peligro de fuga y un peligro de perturbación o de entorpecimiento**. De esta manera es tratado en el nuevo ordenamiento procesal, aunque existen diversos problemas referidos a los criterios que debe utilizar el Juez para sustentarlo.

El Tribunal Constitucional ha considerado diversos criterios al evaluar este tema en procesos de *habeas corpus*. Algunos de ellos son los siguientes:

- «...pues a lo largo del proceso éste no colaboró con el proceso de investigación judicial, considerándose ello «un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria» que atentaría contra el objetivo del proceso penal...». (Exp. N° 1091-2002-HC-TC).
- «En particular, de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con

los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada». (Exp. N° 0791-2002-HC-TC).

Este presupuesto no es autónomo, se requieren de los otros presupuestos señalados. Entre los criterios para la evaluación no deben considerarse argumentos como “la alarma social”, “la peligrosidad del imputado”, “el peligro de reincidencia”, puesto que se desvirtúa la finalidad cautelar, afectando la presunción de inocencia. Tampoco corresponde la alegación de circunstancias objetivas, pero sin la consideración del caso concreto.

Las características personales del autor y la gravedad del hecho que se imputa no son, por sí mismas, justificación suficiente para adoptar esta medida.

BINDER considera que el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona, puesto que el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado, por ejemplo, la prueba anticipada o la protección de testigos.

En el nuevo ordenamiento procesal penal se fijan criterios tanto para definir el peligro de fuga como para el entorpecimiento de la actividad probatoria:

PELIGRO DE FUGA	PELIGRO DE ENTORPECIMIENTO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA <sup>6</sup>
Arraigo en el país del imputado: domicilio, asiento de la familia, negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país definitivamente o permanecer oculto.	Riesgo razonable de que destruirá, modificará, ocultará, falsificará o suprimirá elementos de prueba.
Gravedad de la pena que le espera como resultado del procedimiento.	Influencia para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
Importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta frente a él.	Peligro de que pueda inducir a otros a realizar dichos comportamientos.
Comportamiento del imputado durante el procedimiento.	

Cabe indicar que nuestro legislador ha previsto como presupuesto alternativo al peligro procesal el que existan elementos de convic-

<sup>6</sup> Se puede apreciar que no se fijan criterios objetivos, más bien sólo se describen las situaciones que podrían generar.

ción sobre la pertenencia o integración del imputado a una organización delictiva.

No es condición de la prisión preventiva que el imputado esté detenido previamente.

### **Presupuestos formales:**

- **Judicialidad.** Sólo el Juez puede disponer la detención. De acuerdo con el nuevo Código, el Juez de la Investigación Preparatoria realizará la Audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva.
- **Realización de una Audiencia.** Denominada también “Audiencia de prisión preventiva”, está regulada en los apartados 1 y 2 del artículo 271° del nuevo Código Procesal Penal. Para su realización válida, se requiere: a) requerimiento o solicitud del Representante del Ministerio Público; b) observar el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento para su realización; y c) concurrencia del fiscal requiriente, del imputado y de su abogado defensor.

Mediante la Casación N° 01-2007, Huaura, se estableció que **no era absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia.** Sí era necesaria en cambio, su debida citación en su domicilio procesal – si lo hubiese señalado-, o su conducción al juzgado cuando esté detenido. El imputado puede decidir no asistir o rehuir el proceso. Finalmente cualquiera que sea la

conducta que asuma, lo hará en ejercicio de su derecho de defensa, respondiendo tal vez a una estrategia o sólo con el ánimo de entorpecer el desarrollo del proceso.

- **Motivación**

El Tribunal Constitucional ha establecido sobre este requerimiento formal lo siguiente: *«...tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.*

*Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser «suficiente», esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser «razonada», en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada». (STC. N° 1091-2002-HC/TC).*

El párrafo 3 del artículo 271° del nuevo Código Procesal Penal establece que el auto de prisión preventiva **debe estar especialmente motivado**. Tiene en consideración los siguien-

tes aspectos: expresión sucinta de la imputación, fundamentos de hecho y derecho e invocación de las citas legales correspondientes, siendo posible impugnarlo mediante el recurso de apelación en el plazo de tres días.

### **Duración de la prisión preventiva**

El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución, pero constituye **una manifestación implícita del derecho a la libertad personal** reconocido en su artículo 2º de la Constitución.

En el ordenamiento supraestadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: «*Toda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*». Por su parte, el artículo 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de «*toda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso*».

El nuevo Código Procesal Penal prevé un plazo para la prisión preventiva. En el artículo 272º se establece que la prisión preventiva **no puede durar más de nueve meses y, tratándose de casos complejos, no más de dieciocho meses.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 12/96 párrafo 70, ha indicado que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal.

**El exceso de detención permite obtener la libertad.** Si el Estado no puede obtener una sentencia condenatoria en un plazo razonable, se extingue la facultad de restringir de la libertad ambulatoria. En el Informe N° 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha sostenido respecto a este tema que: “Una vez vencido el plazo razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir, aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o en-

torpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar.”

En el artículo 273° del nuevo Código Procesal Penal también se regula este tipo de libertad, tomando en consideración dos presupuestos materiales: **que se haya excedido el plazo previsto en la ley y que no se haya expedido sentencia**. Esta acción es posible a pedido de parte o de oficio. El Juez, al conceder la libertad, debe dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado en el proceso.

También se prevé la posibilidad de **prolongar la prisión preventiva por un plazo que no será mayor a dieciocho meses**. La prolongación será posible por requerimiento del Fiscal y deberá disponerse en una Audiencia. Contra el auto de prolongación cabe interponer recurso de apelación.

El problema en este tema es cómo determinar el plazo razonable, puesto que nuestro Tribunal Constitucional estableció que estos límites legales funcionan como límites máximos y no son *per se* razonables. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 35/07, consideró que, efectivamente, no se puede establecer en forma abstracta el plazo razonable. Por lo indicado, una prisión preventiva podría no ser razonable aun cuando no exceda el plazo legal.

Para determinar el plazo razonable, nuestro Tribunal Constitucional tomó en consideración los criterios sentados por la doctrina del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos (Caso: Berrocal Prudencio, STC. N° 2915-2004-HC/TC)<sup>7</sup>. Estos son:

- 1. La naturaleza y complejidad de la causa.** Es necesario considerar factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de los agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.
- 2. La actitud de los protagonistas del proceso.** Por una parte, **la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial.** Esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculcado se encuentre en condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos

---

<sup>7</sup> En el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos se venían aplicando en este tema los estándares de la jurisprudencia europea.

que el Estado constitucional permite), **de la denominada defensa obstruccionista** (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

3. Se añade después otro criterio referido **al grado de afectación**<sup>8</sup>, siendo interesante en este tema el voto razonado del magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, en el caso López Álvarez vs. Honduras: “el cuarto elemento para la estimación del plazo razonable es “la afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes – es decir, la situación jurídica – del individuo.” Sostiene el ex magistrado de la Corte que es posible que aquel incida de manera poco relevante en la situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo se resuelva la situación del sujeto, porque ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser a actual, no meramente probable, eventual o remota.”

Estos son los criterios que se consideran para establecer el respeto al plazo razonable del proceso, y en los que se aprecian la duración total del procedimiento penal hasta que se di-

---

<sup>8</sup> Criterio asumido por el Tribunal Constitucional peruano en el Caso de Salazar Monroe. (STC. N° 5350-2009-HC/TC).

cta la sentencia definitiva Consideramos que se ha dado una incorrecta interpretación, y que corresponde ver el tema de la razonabilidad en el plazo de la prisión preventiva en función al principio de proporcionalidad como un plazo que no puede ser igual o mayor de la pena que correspondería al sujeto por el delito presuntamente cometido. En esta línea se ubica el estándar fijado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 35/07, es decir, las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado.

Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 275° parágrafo 1, establece que **no se tomará en cuenta para el cómputo de los plazos aquel tiempo que se hubiera dado por dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa.**

De igual modo a lo previsto en el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991, se establece en el nuevo Código Procesal Penal que, declarada la nulidad de lo actuado, se considerará para el cómputo la fecha del nuevo auto de prisión preventiva.

### **Prisión preventiva incomunicada**

Dicha medida será posible si se presentan los siguientes presupuestos:

- a) En un delito grave.

- b) **No podrá exceder los diez días.** Vencido el plazo indicado, la medida cesará automáticamente.
- c) **No impide la comunicación con su abogado defensor.**
- d) Mandato motivado del Juez.
- e) Con conocimiento del Superior.

### **Cesación o sustitución de la prisión preventiva**

El imputado que se encuentra bajo la medida de prisión preventiva puede solicitar su cesación o sustitución cuando lo considere pertinente. La cesación de la prisión preventiva se presenta **cuando existen nuevos elementos de convicción que demuestren que no concurren motivos para la imposición de esta medida**, por lo cual deberá ser sustituida por otra.

También es posible que cese y se varié la medida de prisión preventiva mediante el control judicial periódico de la subsistencia de todos y cada uno de los presupuestos de la medida, siendo esta obligación impuesta a partir del principio de provisionalidad. De esa manera se establece en el principio 39 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: la autoridad facultada para ordenar la detención “mantendrá en examen la necesidad de la medida”; sin embargo, este control periódico no está previsto en el nuevo ordenamiento procesal penal.

### 5.1.2. Medidas que afectan otras manifestaciones de la libertad personal

#### a) La Comparecencia

Es la situación jurídica por la cual el inculpado se encuentra en plena libertad ambulatoria, pero **sujeto a determinadas reglas y obligaciones impuestas por el órgano jurisdiccional**. Supone, en cierto modo, una mínima restricción de la libertad personal.

La comparecencia se dicta cuando no corresponda la prisión preventiva, esto es, cuando no exista suficiencia probatoria o la pena por imponerse, en caso de condena, no supere los cuatro años de privación de libertad o no exista peligro procesal.

El nuevo Código Procesal Penal distingue dos formas de comparecencia:

- a) **Comparecencia simple.** Consiste en la obligación que se impone al imputado de concurrir todas las veces que sea citado por el juzgado. De no hacerlo, se procede a la conducción compulsiva o conducción por la fuerza. Esta medida se dictará cuando el Fiscal Provincial no solicite la prisión preventiva (artículo 286°. 2).
- b) **Comparecencia con restricciones.** Además de comparecer, lleva consigo otras medidas adicionales. Se aplica a los que no les corresponde prisión preventiva, pero existe determinado riesgo de no comparecencia o entorpecimiento de la actividad probatoria.

El Juez puede imponer una de las restricciones o combinar varias de ellas.

Mediante la Ley N° 29439, de noviembre de 2009, se modificó el artículo 287° del nuevo Código Procesal Penal, introduciendo como alternativa la vigilancia electrónica, medida que ha sido reglamentada pero aún no es operativa.

Las restricciones que se pueden aplicar son las contenidas en el artículo 288°:

1. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de persona o institución determinadas.

Se refiere a cualquier persona. Obedece a una concepción garantista. Puede someterse a la persona a la custodia de su padre, hermano, empleador, según el caso, no siempre la policía. Se impone la medida de informar en los plazos asignados sobre el desenvolvimiento del imputado.

2. La obligación de no ausentarse de la localidad, de no concurrir a determinados lugares, de presentarse ante la autoridad los días que se fijan. Supone una medida de difícil control, pero se aplica con el objetivo de que el individuo mantenga una vida ordenada.
3. Prohibición de comunicarse con determinadas personas o aproximarse a la víctima, siempre que no afecte su derecho de defensa.

Esto permite evitar conciertos de voluntad orientados a distorsionar o perturbar la actividad probatoria. Pero esta restricción de ninguna manera debe afectar el derecho de defensa.

4. La prestación de una caución que está condicionada a la situación de solvencia del imputado.

La caución es la garantía que presta el procesado para responder por su comparecencia al proceso.

**La caución puede ser:**

- **Personal:** Consiste en el depósito de una determinada suma de dinero en el Banco de la Nación. En el artículo 289° parágrafo 3 se establece este tipo de caución. Se brinda la posibilidad de que el imputado ofrezca una fianza de una o más personas naturales o jurídicas, en el supuesto de insolvencia, quienes asumen una obligación solidaria. Se exigen dos condiciones para el fiador:
  - o Capacidad de contratar.
  - o Solvencia suficiente.
- **Real:** Consiste en la garantía real o depósito de efectos públicos o valores, que sólo será posible de aplicar cuando, de acuerdo con las circunstancias, las otras modalidades fueran ineficaces por la naturaleza económica del delito atribuido.

Este tipo de caución está regulado en el artículo 289° parágrafo 3.

Para determinar el monto de la caución se deberá tener en cuenta la naturaleza del delito, su gravedad, el impacto social, el daño ocasionado y sus agravantes.

También se tendrá en cuenta las condiciones personales del imputado, su educación, profesión u oficio, situación familiar y antecedentes.

Los destinos de la caución dependen de la participación del imputado en el proceso:

- a. Si el imputado fue absuelto o su caso sobreesido, o condenado, pero cumplió con las restricciones impuestas y participó del proceso, entonces la caución es devuelta con los intereses generados hasta el momento, o quedará sin efecto la garantía o la fianza ofrecidas.
- b. Si el imputado ha rehuido el juzgamiento, entonces perderá la caución o tendrán que realizarse las garantías ofrecidas.

#### **b) La detención domiciliaria**

Consiste en la **privación de la libertad ambulatoria del imputado obligándolo a permanecer en su domicilio o en custodia de otra persona que puede ser o no la autoridad policial**. El imputado puede estudiar, trabajar, etc. No es una prisión porque el imputado puede

desarrollar normalmente sus actividades cotidianas.

El Código Procesal Penal de 1991 regula la detención domiciliaria como una de las restricciones de la comparecencia, pero no se precisaban debidamente los criterios para su aplicación, razón por la cual existieron diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Así, tenemos que en el caso Silva Checa (STC. N.º 1091-2002-HC/TC), Chumpitaz Gonzáles (STC. N.º 1565-2002-HC/TC) y Bozzo Rotondo (STC. N.º 376-2003-HC/TC), el Tribunal Constitucional señala que: *«el principal elemento a considerarse en el dictado de una medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interfiera u obstaculice la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada»*. (Fundamento N.º 18).

El nuevo Código Procesal Penal restringe la aplicación de esta medida para supuestos ex-

cepcionales, que no se basan en el peligro procesal como en algún momento se sostuvo en nuestros Tribunales, sino en la imposibilidad de aplicar la prisión preventiva al imputado. Estos supuestos son los siguientes:

- a) El imputado es mayor de 65 años.
- b) Adolece de una enfermedad grave o incurable.
- c) Sufre una grave incapacidad física permanente que afecta su capacidad de desplazamiento.
- d) Es una madre gestante.

Deberá cumplirse esta medida en el domicilio del imputado o en el lugar que el Juez designe, bajo custodia policial, de una entidad pública o de las personas designadas para tal fin. Se puede acumular a esta medida el pago de una caución.

El plazo para la detención domiciliaria es el mismo que el previsto para la prisión preventiva.

La medida de comparecencia y las restricciones impuestas por el Juez deben ser notificadas al imputado.

**c) Impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia**

Esta medida restringe al imputado o a un testigo importante el derecho de transitar libremente por el territorio nacional, salir del mismo o de la localidad donde domicilia.

El impedimento de salida del país tiene como finalidad evitar la fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, de tal manera que sirve para garantizar la indagación de la verdad.

Los requisitos para su aplicación son los siguientes:

- a) El requerimiento del Fiscal debe ser fundamentado.
- b) El Fiscal deberá precisar los datos de identidad de la persona afectada.
- c) No puede durar más de **cuatro meses**; en el caso de testigos **no puede durar más de treinta días**.
- d) Procede la prolongación del impedimento en el supuesto de imputados por un plazo igual.
- e) El impedimento de salida cesará para los testigos una vez rendida su declaración.

### **5.1.3. Medidas que suspenden provisionalmente algunos derechos**

Los presupuestos materiales de estas medidas son:

- a) Delito que esté sancionado con pena de inhabilitación, sea que funcione como pena principal o accesoria.
- b) Necesidad de imponer la medida para evitar la reiteración delictiva.
- c) **Suficiencia probatoria**. Deben existir elementos probatorios sobre la comisión del delito y

la vinculación del imputado con los hechos atribuidos.

- d) **Peligro procesal.** De acuerdo con las circunstancias y condiciones personales existe el peligro de que se obstaculice la actividad probatoria o se cometa delitos de la misma naturaleza.

Las medidas estudiadas están previstas en el artículo 298° del nuevo Código Procesal Penal, y son las siguientes:

<p><b>Suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela</b></p>	<p>Esta medida se adopta frente a quienes tienen deberes especiales con menores o incapaces por mandato de la ley o de un juez, dañando los bienes que corresponden a las personas que están bajo su tutela o custodia. Es el caso de las lesiones ocasionadas por quienes ejercen la patria potestad, la tutela, la curatela; la retención de menor o incapaz, violación de personas que se encuentran bajo su autoridad o vigilancia, etc.</p>
<p><b>Suspensión temporal del ejercicio de cargo, empleo o comisión de carácter público</b></p>	<p>Es posible su aplicación en delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, como la celebración de un matrimonio ilegal, peculado, concusión, entre otros.</p>
<p><b>Prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales</b></p>	<p>Se aplica a delitos en los que el resultado típico es producto del desarrollo de una profesión, actividad comercial o industrial o de un oficio. Se podría considerar en</p>

	el caso del homicidio culposo que resulta de la inobservancia de deberes de cuidado, o en el aborto que interviene un médico, obstetra, farmacéutico o cualquier profesional sanitario, etc.
<b>Suspensión temporal de la autorización para conducir vehículos o portar armas de fuego</b>	Cuando como consecuencia del desarrollo de la actividad se produzca la muerte, por ejemplo en un accidente de tránsito, o ese mismo resultado al portar un arma de fuego.
<b>Prohibición de aproximarse al ofendido o su familia, la obligación de abandonar el lugar que compartían o suspender las visitas</b>	Se adopta como una medida de protección, cuando la víctima tiene un vínculo de parentesco o una relación conyugal o convivencial, que implique cohabitación o una relación continúa.

Estas medidas **no pueden durar más de la mitad del tiempo previsto para la pena de inhabilitación en el caso concreto**. Perderán eficacia cuando, transcurrido el tiempo, no se hubiese dictado sentencia en primera instancia.

## 5.2. MEDIDAS REALES

### 5.2.1. Medidas reales asegurativas

Son aquéllas que están destinadas a asegurar las consecuencias económicas del delito. **Limitan la disponibilidad de ciertas cosas** a fin de garanti-

zar el pago de la reparación civil. En el nuevo Código Procesal Penal también se comprenden todas las responsabilidades pecuniarias del delito (multa), además de las costas.

#### a) El embargo

Esta medida precautoria está destinada a asegurar el pago de la reparación civil, impidiendo que el procesado disponga de sus bienes. Se presenta a través de una afectación física (implica desposesión) o jurídica (inscripción).

Puede ser impuesta por el Juez de la Investigación Preparatoria **a solicitud del Ministerio Público o del actor civil**. En un modelo acusatorio no es posible que esta medida pueda ser dictada de oficio.

La diligencia de señalamiento de bienes libres de gravamen y los oficios enviados a la Superintendencia de Banca y Seguros y a la Oficina de Registro Públicos, a fin de conocer la existencia de bienes y valores de propiedad del procesado que hoy día efectúa el Juez Penal para poder identificar los bienes o valores embargables, son considerados en el nuevo Código Procesal Penal como actos de indagación que corresponde ser efectuados por el Fiscal de oficio a pedido del actor civil.

Se deben observar algunos presupuestos para solicitar esta medida:

- a) Justificación del pedido ante la probabilidad de que el imputado sea autor o partícipe del delito, por las características del

hecho o del imputado y que exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien.

- b) Especificación del bien o derecho afectado.
- c) Precisión del monto del embargo.
- d) Indicación de la forma de la medida, para lo cual se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil.
- e) **Ofrecimiento de la contracautela por el actor civil**, que constituye una garantía por los daños y perjuicios que puede ocasionar la medida de embargo. En este supuesto también es de aplicación supletoria lo previsto por el Código Procesal Civil.

El embargo se traba a pesar de la apelación que se interponga (es sin efecto suspensivo). La apelación se puede interponer dentro del tercer día de notificada la medida.

Se tramitará el embargo en un cuaderno o incidente.

**Es posible la variación o levantamiento de la medida.** En el curso del proceso pueden sobrevenir motivos que permitan determinar que el monto embargado será insuficiente para el pago de la reparación que la sentencia señalará. En ese caso, el Juez puede aumentar el embargo, pero si éste resultare excesivo, el monto puede ser disminuido. La variación de la medida o levantamiento puede estar sujeta a la condición de que se deposite el monto fijado por el Juez de la In-

investigación Preparatoria en el Banco de la Nación.

El levantamiento del embargo también corresponde cuando existe una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento firme.

Si el embargo fue impuesto sobre bienes de terceros que no tenían ningún vínculo o relación con el proceso, existen dos posibilidades de actuación:

- a) **Solicitar la desafectación:** Procede cuando se puede acreditar fehacientemente el derecho sobre el bien embargado. Necesariamente debe ser un documento de fecha cierta.
- b) **Demandar la tercería:** Se interpondrá ante el Juez Civil. Esta posibilidad se presenta cuando no es posible acreditar fehacientemente el derecho de propiedad, por lo que deberá presentarse en el proceso civil los medios de prueba que permitan alcanzar convicción al respecto.

## 5.2.2. Medidas de no innovar

### Orden de inhibición

Tiene por objeto mantener la situación patrimonial del procesado o del tercero, impidiendo que disponga o graven sus bienes.

Esta medida es posible de aplicar en bienes registrables, puesto que la mencionada orden deber inscribirse en los Registros Públicos.

### 5.2.3. Medidas innovativas

Estas medidas están destinadas a **modificar una situación que atenta contra los bienes jurídicos relevantes penalmente**, y reponer las cosas al estado anterior. El Código Procesal Penal, en su artículo 312°, establece que estas medidas, a las que denomina «anticipadas», sirven para evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos.

Se regula las siguientes medidas:

<b>Desalojo preventivo y ministración provisional</b>	Delito de usurpación	a) A solicitud del Fiscal. b) En la investigación preparatoria.	a) Prueba suficiente de la comisión del delito. b) Verosimilitud del derecho.
<b>Medidas sobre personas jurídicas</b> (clausura temporal, suspensión de actividades, nombramiento de	Delitos en los cuales las personas jurídicas están involucradas en actividades ilícitas.	a) A solicitud del Fiscal. b) En la investigación preparatoria.	a) Suficiencia probatoria de la comisión del delito.

administrador judicial, sometimiento a vigilancia judicial y anotación registral).			b) Peligro de entorpecimiento u obstaculización de la investigación.
<b>Pensión anticipada de alimentos</b>	En los delitos de homicidio, lesiones graves, omisión a la asistencia familiar, violación sexual o delitos de violencia familiar.	a) A solicitud de la parte legitimada. b) En la investigación preparatoria.	Como consecuencia del hecho, los agraviados están imposibilitados de obtener sustento para sus necesidades.

## 6. MEDIDAS DE LIMITACIÓN DE DERECHOS CON FINALIDAD PROBATORIA

Para asegurar o conservar medios de prueba es posible utilizar un conjunto de medidas que resulten restrictivas de derechos fundamentales. Dichas medidas son posibles en un Estado Constitucional de Derecho cuando se observen determinadas condiciones que garanticen la razonabilidad o proporcionalidad de la medida.

Existen principios que regulan la limitación o restricción de derechos con finalidad probatoria. Estos son:

- a) **Principio de legalidad.** Tratándose de medidas que restringen derechos, deben estar reguladas expresamente en la Ley, la cual debe estar vigente.
- b) **Principio de reserva judicial.** El Juez de la Investigación Preparatoria tiene la enorme responsabilidad de llevar a cabo el control previo (que debe ser la regla) y el control posterior de los actos de investigación que impliquen afectación de derechos fundamentales.
- c) **Principio de proporcionalidad.** Por este principio, todo acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que los origina y el efecto buscado. En ese sentido, existe la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre los hechos que anteceden, la medida adoptada y la consecuencia derivada de aquélla.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto, vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal.

- d) **Motivación.** Debe señalarse los fundamentos suficientes que justifiquen la medida adoptada. Además de la existencia de motivos fundados, debe realizarse un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Para ilustrar mejor este punto, citamos el examen de proporcionalidad que realiza el Tribunal Constitucional respecto a la orden de un examen corporal destinado a obtener muestras de ADN en un caso de violación sexual:

*“Examen de idoneidad: implica que la medida restrictiva del derecho fundamental debe ser adecuada para la realización del fin propuesto. En ese sentido, dado que los actos de investigación corporal buscan determinar hechos que son indispensables para el éxito del proceso penal, su objetivo último lo constituye el no dejar imputar la comisión de un delito, y, en consecuencia garantizar el interés público en la investigación del delito, bien jurídico que en definitiva merece atención por parte del Estado. Así, la medida de intervención corporal, para el caso en concreto (examen de ADN), tiene por finalidad la averiguación de la identidad del autor en un presunto delito de violación sexual, en el marco de la investigación N° 216-2006. En ese sentido, la medida cuestionada resulta idónea para la realización del fin constitucionalmente protegido en el presente caso, es decir, el interés público en la investigación del delito.*

*Examen de necesidad: supone que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deberá ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces, la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.*

*En ese sentido, no cabe duda alguna que los actos de intervención corporal constituyen una intromisión grave en los derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución. A tal efecto, este Colegiado advierte en el caso concreto que el recurrente viene siendo investigado por la presunta comisión del delito de violación sexual, por lo que el órgano jurisdiccional, mediante resolución N° 2, de fecha 4 de octubre de 2006, autorizó que se realizara la diligencia de toma de muestra de ADN, toda vez que se pretende realizar una comparación entre la misma y la muestra ob-*

*tenida en el cuerpo de la agraviada, diligencia que arrojará resultados sumamente relevantes, a fin de determinar si el demandante es responsable por los hechos materia de investigación. En ese sentido, se observa que no existen otros mecanismos que puedan brindar los mismos resultados, sin que presenten un mayor grado de afectación para los derechos fundamentales del recurrente, por lo que la medida adoptada cumpliría con el requisito de necesidad exigido.*

*Examen de proporcionalidad en sentido estricto: el Tribunal Constitucional estima que, en los actos de investigación corporal, el grado de realización del fin de relevancia constitucional (que, como se mencionó anteriormente, lo constituye el interés público en la investigación del delito) es, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad (que se realizaría en la medida que al tomarse dichos actos de investigación, se obtendrían datos que forman parte de la esfera jurídica privada del demandante). En ese sentido, la medida cuestionada aprobaría el examen de proporcionalidad en sentido estricto, resultando constitucional.”(STC. N° 00815-2007-HC/TC).*

Las medidas para asegurar o conservar medios de prueba son las siguientes:

#### **a) Control de identidad policial**

**Finalidad preventiva:** La autoridad policial requiere la identificación para prevenir el delito u obtener información para la investigación del hecho punible.

#### **Condiciones de aplicación:**

- No requiere orden judicial ni fiscal.
- Se realiza donde la persona se encuentra.
- El intervenido no puede ser ingresado a celdas ni calabozos.
- El intervenido tiene derecho a comunicarse con sus familiares o su abogado.

- Debe llevarse un registro por parte de la policía.
- Se proporciona al intervenido las facilidades para proporcionar el documento de identidad.
- Si no tuviera documento de identidad, el intervenido podrá ser retenido hasta por cuatro horas en la dependencia policial, hasta averiguar su identidad.

#### b) Video vigilancia

**Tiene por finalidad el esclarecimiento de los hechos investigados.** Se refiere a hechos violentos, graves o realizados por organizaciones criminales y también cuando por la naturaleza del delito se puedan ver afectados irremediablemente terceras personas.

##### **Condiciones de aplicación:**

- Podrán realizarse tomas fotográficas o registros de imágenes.
- Se requiere autorización judicial cuando se realice en lugares cerrados o inmuebles.
- La policía puede efectuar esta diligencia de oficio o por orden del fiscal.
- Para tener valor de prueba, deberá someterse al control de la misma vía una audiencia judicial de reexamen.

#### c) Pesquisa

Tiene por finalidad realizar la búsqueda de rastros del delito, al imputado, o la persona que se encuentre prófugo.

**Condiciones de aplicación:**

- Implica el ingreso a lugares abiertos para comprobar el estado de personas, lugares, cosas, rastros u otros efectos materiales.
- Se levantará un acta de lo acontecido.
- Se pueden levantar planos de señales, descriptivos y fotográficos.
- Se efectúa por decisión de la policía o por mandato del fiscal.
- Se debe comunicar previamente al intervenido las razones de su ejecución.
- La policía puede disponer por cuenta propia o por orden del Fiscal la retención de personas en el lugar hasta por cuatro horas.
- Procede en esta diligencia el registro de personas.

**d) Registro de personas**

**Tiene por finalidad descubrir objetos o bienes relacionados con el delito** que se encuentran ocultos en el vestido o cuerpo de la persona.

**Condiciones para su aplicación:**

- Se levantará un acta de lo ocurrido, que deberá ser suscrita por los concurrentes a dicho acto.
- Corresponde que sea por orden de juez, pero en casos de urgencia excepcionalmente puede ser ordenada por el fiscal y, cuando fueran mínimas, podrán ser dispuestas por la policía.
- El registro se efectuará respetando la dignidad y dentro de los límites que impone el pudor.

- El registro debe ser efectuado por una persona del mismo sexo, salvo que ello implique demora en perjuicio de la investigación.
- Puede comprender vestimenta, equipaje, bultos y el vehículo utilizado.

#### e) **Intervención corporal**

Tiene como finalidad **establecer hechos significativos para la investigación, pero también como labor de prevención policial.**

**Condiciones para su aplicación:**

- Es posible en delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor de cuatro años.
- Comprende pruebas sanguíneas, genéticas, moleculares u otras intervenciones corporales.
- La diligencia se sentará en un acta.
- En la diligencia puede estar presente el abogado defensor del imputado o una persona de confianza.

#### f) **Allanamiento**

Tiene como finalidad **ubicar a una persona que se oculta o se encuentra evadida o hallar los objetos del delito.**

**Condiciones para su aplicación:**

- Se efectúa en casa, habitación, negocio, dependencias cerradas o recintos habitados temporalmente.
- Se realizará a pedido del Fiscal, indicando la ubicación concreta.
- En la solicitud de allanamiento debe indicarse la finalidad específica, las diligencias que se

efectuarán y el tiempo aproximado de duración.

- Debe ser por orden judicial. Tendrá una duración de dos semanas y, en caso de que se exceda dicho plazo, caducará la medida.
- Si se efectúa sin orden judicial, en el acta de la diligencia deberán registrarse los motivos de la medida detalladamente.
- La diligencia deberá circunscribirse a lo autorizado por el juez.
- Puede realizarse el registro de personas o la incautación de objetos.

**g) Exhibición e incautación de bienes (A.P. N° 5-2010)**

**Tiene por finalidad la conservación** del objeto-cuerpo del delito o de los bienes vinculados con aquél, además de aquellas cosas que fueran necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

**Condiciones para su aplicación:**

- Procede a pedido del Fiscal ante el Juez de la Investigación Preparatoria; en caso de flagrancia o peligro inminente de perpetración, procede por disposición de la policía.
- En la resolución autoritativa de la diligencia debe indicarse sobre qué bien va a recaer.
- Los bienes afectados deben ser registrados con exactitud; de igual manera, deberá identificarse al responsable o custodio.

- Respecto a los bienes incautados, es posible su devolución cuando no tuviera relación con el delito.
- Si no se ha identificado al autor o al perjudicado, el bien incautado puede ser rematado (seis meses).

#### **h) Exhibición e incautación de documentos no privados**

Tiene por finalidad el esclarecimiento de los hechos.

##### **Condiciones para su aplicación:**

- Si se trata de secretos de Estado, el Fiscal acudirá al Juez de la Investigación Preparatoria.
- Quien se encuentre en posesión de los documentos tiene la obligación de presentarlos al juzgado, salvo que se trate de secretos de Estado o profesionales.
- Los afectados pueden solicitar la intervención judicial cuando la disposición del fiscal afecte irrazonablemente los derechos e intereses jurídicos.

#### **i) Interceptación e incautación postal**

Tiene por finalidad el esclarecimiento de los hechos investigados.

##### **Condiciones para su aplicación:**

- Procede a pedido del fiscal y es dispuesto por el Juez de la Investigación Preparatoria.
- La medida se puede mantener por un tiempo que no puede ser mayor al período de investigación.

- Esta medida es reservada y sin conocimiento del afectado.
- Realizada la apertura de la correspondencia y detectada la información vinculada con los hechos investigados, se comunicará el resultado al afectado.
- El afectado puede solicitar el reexamen judicial para determinar si la diligencia fue ejecutada correctamente.

**j) Intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones**

Tiene como finalidad la búsqueda de información para el esclarecimiento de los hechos. Debe ser una medida necesaria para poder proseguir las investigaciones.

**Condiciones para su aplicación:**

- Es solicitada por el Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria.
- Es posible cuando existan suficientes elementos de convicción sobre el delito que está sancionado con una pena superior a los cuatro años de privación de la libertad.
- Se debe precisar en la resolución autoritativa el medio de comunicación afectado, la forma de interceptación, su alcance y duración.
- La intervención no puede durar más de treinta días.
- Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán posibilitar la intervención, grabación y registro.

- Las grabaciones efectuadas deben ser entregadas al fiscal para su conservación y éste dispondrá su transcripción.
- El afectado por la medida puede solicitar el reexamen judicial.

**k) Levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria**

Permite obtener la información necesaria y pertinente para el esclarecimiento del hecho investigado.

**Condiciones para su aplicación:**

- Se realiza a pedido del fiscal y por mandato del Juez de la Investigación Preparatoria.
- Si fuera información no comprendida dentro del secreto bancario, será proporcionada directamente al Fiscal, a su requerimiento.

**l) Clausura o vigilancia de locales e inmovilización**

Tiene por finalidad mantener el estado de las cosas o del lugar para el esclarecimiento de los hechos.

**Condiciones para su aplicación:**

- Se realiza a pedido del fiscal y por mandato del Juez de la Investigación Preparatoria.
- Procede cuando el delito está sancionado con más de cuatro años de privación de la libertad.
- El pedido del fiscal debe individualizar el inmueble o los bienes muebles objeto de la petición.

- Se puede imponer por un plazo que no supere los quince días, prorrogables por un tiempo igual.
- Se puede adoptar como una medida urgencia, pero dentro de las 24 horas se solicitará al Juez la confirmación.

## 7. MEDIDAS CON FINALIDAD TUTATIVA-COERCITIVA

### 7.1. INTERNACIÓN PREVENTIVA

Esta medida se adopta respecto **al imputado que sufre una grave alteración o insuficiencia de facultades mentales**, necesariamente previo dictamen pericial.

Los presupuestos materiales de esta medida son:

- a) La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que es autor de un hecho punible o partícipe en él.
- b) La existencia de una presunción suficiente de que no se va a someter al procedimiento o va a obstruir la investigación.

En este supuesto no será necesaria la presencia del imputado en el proceso si su estado de salud no se lo permite, pero sí es obligatoria la presencia de su defensor. También puede ser representado por un familiar.

### 7.2. INTERNAMIENTO PREVIO

Es posible la imposición de esta medida cuando **resulte necesario que el imputado sea conducido y observado en un hospital psiquiátrico**, por

un requerimiento previo y motivado de los peritos.

Tiene la facultad de ordenar este internamiento previo el Juez de la Investigación Preparatoria, quien debe observar los siguientes presupuestos:

- a) Que existan elementos de convicción razonable sobre la comisión del delito.
- b) Que corresponda por dicho acto una sanción grave o medida de seguridad de internamiento.

Este internamiento previo **no puede durar más de un mes.**

## CAPÍTULO XIII

### LA PRUEBA

#### 1. DEFINICIÓN

La certeza que se logra a través de la actuación de los medios probatorios juega un papel indiscutible en el momento de dictar un fallo, pues las pruebas allegadas a los autos son la base fundamental de la decisión que pondrá fin al proceso.

Se puede definir la prueba desde dos puntos de vista:

- **Desde un punto de vista objetivo.** La prueba es un medio que sirve para acreditar un hecho desconocido.
- **Desde un punto de vista subjetivo.** La prueba es la convicción que se produce en la mente del Juez.

CLAUSS ROXÍN define a la prueba como «el medio u objeto que proporciona al Juez el convencimiento de la existencia de un hecho».

Conviene diferenciar medio de prueba de la prueba propiamente dicha. **La prueba es el conjunto de razones y motivos que producen certeza en el Juez. Los medios de prueba son los elementos o instru-**

**mentos utilizados para producir esta certeza.** La ley usa la palabra prueba en ambos sentidos.

## 2. FINALIDAD

El fin de la prueba no es otro que **formar la convicción del Juez acerca de la exactitud de las afirmaciones formuladas en el proceso;** por lo tanto, el único destinatario de la prueba es el Juez, como bien afirma FLORIÁN.

Existen diversas teorías sobre el fin de la prueba:

- **La prueba como demostración o averiguación de la verdad de un hecho.** BENTHAM, BONNIER y RICCI sostenían que la prueba era el instrumento o medio para establecer la verdad. MIRANDA ESTRAMPES afirma que, si consideramos a la verdad como la finalidad de la prueba, estaríamos admitiendo que la misma tiene un fin inalcanzable o irrealizable. La doctrina alemana distinguió entre verdad formal y verdad material: se señalaba que en el proceso penal se buscaba la verdad material, y en el proceso civil se contentaban con la verdad formal.
- **La prueba como mecanismo de fijación formal de los hechos.** CARNELUTTI sostiene que la verdad es una sola, que no pueden existir dos clases de verdad. Para este autor italiano «probar, en efecto, no quería decir demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos discutidos mediante procedimientos determinados». Se considera que es una posición excesivamente formalista que parece dar la espalda a la realidad. Con esta teoría

se afirma que el fin de la prueba consiste en acercarse lo más posible a la realidad.

- **La convicción judicial como fin de la prueba.** La doctrina mayoritaria en la actualidad afirma que el fin de la prueba consiste en el logro del convencimiento del Juez. GUASP señala: «(...) como hemos visto, la prueba no es una actividad que proponga demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, o la verdad o falsedad de una afirmación, ni tampoco un mecanismo de fijación formal de los hechos, sino un intento de conseguir el convencimiento psicológico del Juez».
- **Teorías eclécticas.** Algunos autores optan por una posición intermedia y afirman que la prueba tiene como finalidad la fijación formal de los hechos o el logro de la convicción judicial según los casos. Cuando se opta por el sistema de libre valoración de la prueba, su finalidad es el logro del convencimiento del Juez. En los sistemas de valoración legal de la prueba, su finalidad es la mera fijación de los hechos con independencia del convencimiento.

### 3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA

#### **Principio de necesidad de prueba**

Es conocido como prohibición de Juez de aplicar el conocimiento privado al realizar el sustento fáctico de su decisión, siendo una garantía de la imparcialidad judicial. Por este principio los jueces deben descartar su propia percepción directa, inmediata y personal de los hechos relevantes, y optan por un

conocimiento, a través de terceros, sobre una realidad compleja.

### **Principio de libertad de prueba**

Para alcanzar convicción o certeza no se requiere la utilización de un medio de prueba determinado. Todos los medios de prueba son admisibles, es decir, se puede probar con los medios de prueba típicos, como también con aquéllos que no han sido señalados en la ley.

Este principio está reconocido en el artículo 157° del nuevo Código Procesal Penal que establece: «Los hechos que son objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley. Excepcionalmente se pueden utilizar otros distintos siempre que no vulneren los derechos y garantías de las personas».

### **Principio de pertinencia**

En virtud de este principio, debe existir relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello. MIXÁN MASS define la pertinencia como la necesaria relación directa o indirecta que debe guardar la fuente de prueba, el medio de prueba y la actividad probatoria.

En el parágrafo 2 del artículo 155° del nuevo Código Procesal Penal se establece que «sólo podrán ser excluidas las que no sean pertinentes».

### **Principio de conducencia y utilidad**

Se refiere este principio a la relevancia que tienen los hechos probados, si estos van a ser útiles para resolver el caso en particular. Una razón de inutilidad de la prueba es la superabundancia, es decir, cantidad excesiva de elementos de prueba referidos al mismo hecho.

En el párrafo 2 del artículo 155° del nuevo Código Procesal Penal se reconoce este principio, pues se dispone que: «Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución».

### **Principio de legitimidad**

Tiene que ver con alguna prohibición o impedimento que expresamente declare el ordenamiento jurídico procesal penal respecto a un medio de prueba. **Trae como consecuencia la exclusión del material probatorio**, siendo el origen de esta regla el derecho norteamericano, cuyas excepciones son trabajadas a nivel jurisprudencial. En sus inicios fue un sistema estricto con una finalidad disuasiva (evitar que las autoridades incurran en nuevas violaciones de derechos), pero luego se generó un sistema laxo al haberse establecido una serie de excepciones (sometidas al vaivén de la presión social que reclamaba eficacia en la administración de justicia).

En nuestro país están prohibidos aquellos medios de prueba que van contra la dignidad o integridad de las personas o que afectan sus derechos fundamentales, lo que constituye una **ilegitimidad de**

**fondo**; sin embargo, si se ha obtenido fuera de los cauces o procedimientos preestablecidos, constituye una **ilegitimidad de forma**. La exclusión del material probatorio ilegítimo es una garantía que no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, pero se le ha considerado como un contenido implícito del Debido Proceso.

Este principio está consagrado en el nuevo Código Procesal Penal, en el artículo VIII de su Título Preliminar, que acoge la **Teoría de la «Ponderación de Intereses»**, la cual plantea que no todo defecto, omisión o vulneración genera la invalidez de la prueba, sino aquella que afecte la norma constitucional.

Su inobservancia genera la denominada prueba prohibida, que puede ser:

- **Directa:** Inválida por sí misma.
- **Indirecta:** Inválida por derivación. Se aplica la teoría americana del «árbol del fruto envenado, podrido o malogrado» o la teoría centro europea del «efecto reflejo». El Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC 81 de 1998, refiriéndose a este tipo de pruebas, indicó que debía existir una “conexión de antijuridicidad”, es decir, que la prueba derivada no fuera ajena e independiente a la vulneración del derecho, sino que sin la vulneración no se habría podido producir.

En este punto adquiere importancia la teoría de la “fuente independiente”, puesto que si la prueba derivó de un acto violatorio pero también se originó de otro elemento autónomo recabado durante la investigación y ajeno a la violación, la prueba sigue

siendo válida, puesto que derivaría de un árbol sano, pero tiene como condición que la fuente independiente sea anterior a la violación constitucional.

**La excepción a la exclusión del material probatorio ilegítimo**, que reconoce expresamente nuestro ordenamiento procesal, se presenta cuando ante la inobservancia de cualquier garantía constitucional establecida a favor del procesado no se pueda hacer valer en su perjuicio.

Un punto fundamental en este tema es el momento en el que se debe realizar la exclusión del material probatorio. Consideramos que es una facultad propia del Juez del juicio y que, excepcionalmente, podría reconocerse esta competencia al Juez de la Investigación Preparatoria, siendo en este último caso el escenario natural el de la Audiencia de control de la acusación. En nuestro país, la Corte Suprema abre la posibilidad de plantear la exclusión del material probatorio ilegítimo en la Audiencia de Tutela, en los casos que sea base de sucesivas medidas o diligencias (A.P. N° 4-2010).

### **Principio de aportación**

Es consubstancial al sistema acusatorio. A las partes les corresponde no sólo la introducción de los hechos a través de los escritos que delimitan el tema de la prueba, sino la proporción y ejecución de los medios de prueba. Ellas son responsables de introducir la información en el proceso a través del interrogatorio y contrainterrogatorio y la prueba material. Al Juez Penal no le corresponde la labor de construir su propia convicción, de modo directo o

indirecto el que pueda disponer, como regla, de pruebas de oficio o interrogar, determina el quiebre o ruptura de la imparcialidad judicial.

En el parágrafo 3) del artículo 155° del nuevo Código Procesal Penal se admite que, excepcionalmente, el Juez pueda disponer prueba de oficio. Se menciona en el artículo 385° del mismo texto legal que dicha facultad se puede ejercer cuando en pleno juzgamiento se disponga una inspección o reconstrucción de los hechos, si ésta no se hubiera realizado en la investigación preparatoria o sea insuficiente o se requiera de nuevos medios de prueba que resulten indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. Se recalca en este dispositivo que el Juez cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

También se encuentra una excepción similar en el artículo 162° parágrafo 2) referido a la prueba pericial que corresponda para establecer la idoneidad física o psíquica del testigo.

Se permite que el Juez excepcionalmente pueda interrogar sólo cuando hubiera quedado un vacío (Artículo 375° del nuevo Código Procesal Penal).

El que el Juez mantenga una actitud pasiva en materia probatoria constituye una importante garantía de la igualdad de armas e imparcialidad. Con ello se busca evitar situaciones de privilegio o de ventaja, es decir, en el proceso las partes deben tener las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Sin embargo, existe una desigualdad insuperable si cuanto el persecutor del delito es un órgano del Estado, al que podríamos denominar

“desigualdad institucional”, y al que no puede sumarse el Juez. Si el fiscal no realiza debidamente su labor y no supera una situación de duda razonable, no puede el órgano jurisdiccional suplir la deficiencia, lo que le corresponde es absolver.

Uno de los elementos fundamentales de la imparcialidad objetiva está dada por la pérdida de la iniciativa probatoria del juez y que resida la carga de la prueba en el Ministerio Público. Se pretende vincular la facultad oficiosa del Juez en materia probatoria con la búsqueda de la verdad, función que no corresponde a un Juez en un Estado Constitucional de Derecho. Precisamente es en este punto en donde se ve enfrentada la eficacia con las garantías de un Debido Proceso.

La excepción contenida en nuestro ordenamiento procesal debe ser leída sólo en aras de salvaguardar algunos derechos fundamentales.

### **Principio de adquisición procesal**

Se conoce también como principio de **comunidad de prueba**. El medio de prueba ofrecido y actuado en el proceso queda vinculado a él y deja de pertenecer a quien lo aportó, lo que implica que pueda ser utilizado o invocado por cualquiera de las partes.

### **4. OBJETO DE PRUEBA**

El objeto de prueba es **todo aquello que es susceptible de ser probado**. FLORÍAN considera que el objeto de prueba es todo aquello sobre lo que el Juez

debe adquirir conocimiento y que es necesario para resolver la cuestión sometida a su examen.

DEVIS ECHANDÍA señala: «Es todo aquello que es susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del Estado, para los fines del proceso (en general, no de cada proceso en particular)».

OBJETO DE PRUEBA	THEMA PROBANDUM
Todo aquello que es susceptible de comprobación.	Todo aquello que es susceptible de probarse en relación a un caso en particular.

La doctrina moderna no considera como objeto de prueba los hechos, sino las afirmaciones que las partes realizan en torno a dichos hechos.

En el artículo 156° del nuevo Código Procesal Penal se establece que los objetos de prueba son todos los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena y la medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

Se estableció durante mucho tiempo que, a diferencia del proceso civil, no sólo se prueban los hechos controvertidos, sino también los hechos admitidos por las partes. Si el procesado confiesa, se requerirá que su versión sea corroborada por otros medios probatorios. Sin embargo, en el nuevo Código Procesal Penal se señala que no son objeto de prueba aquellas circunstancias que las partes acordaron que no necesitaban probanza o que no consideraban

controvertidos, a lo que se ha denominado «**acuerdos o convenciones probatorias**».

En materia penal ningún hecho que no esté debidamente acreditado puede servir de fundamento a la decisión judicial.

**Los hechos que son objeto de probanza** comprenden:

- a) Los que representan un comportamiento humano, voluntario o no, realizado individual o colectivamente.
- b) Aquéllos en los que esté ausente la intervención del hombre o hechos naturales.
- c) Las cosas o realidades corpóreas creadas o no por el ser humano.
- d) La persona humana en su estado físico.
- e) La persona humana en su estado psicológico y psíquico.

### **Los hechos que no son objeto de prueba**

El artículo 156°, del Código Procesal Penal, en su parágrafo 2), establece aquello que no es objeto de prueba:

- **Los hechos notorios.** Tienen general y pública aceptación. La notoriedad debe ser aceptada por todos y debe ser permanente. De manera especial, es necesario que lo sea en el momento de ocurrir el evento criminal.
- **Los hechos imposibles.** Entiéndase aquellos que no tienen aptitud para existir o cuya demostración está fuera de los alcances de la ciencia.

- **Las máximas de experiencia.** Son la suma de vivencias o experiencias que acumula cada ser humano y que le permite obtener ciertas reglas gobernadas por el sentido común.
- **Las leyes de la naturaleza.** Son principios universales, cuya existencia es incuestionable. V.gr.: la gravedad, la maternidad como atributo del sexo femenino.
- **La norma jurídica vigente.** Debido a la publicidad de la Ley y su alcance general no es posible alegar su desconocimiento, más aun si se trata del Juez que debe administrar justicia.

A estos supuestos se deben añadir:

- **Los hechos evidentes.** Son aquellos hechos cuya existencia y certeza es indudable. Resolver contra ella constituye una temeridad porque la evidencia no necesita prueba.
- **Las presunciones.** Son conclusiones que el Juez deduce de un hecho conocido para tener certeza sobre otro desconocido. Las presunciones absolutas dispensan de prueba mientras que las presunciones relativas establecen una verdad provisional que puede ser destruida por la prueba.

## 5. DIFERENCIAS ENTRE ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA

En el siguiente cuadro se remarcan las diferencias entre actos de investigación y actos de prueba, de acuerdo con ORTELLS RAMOS:

ACTOS DE INVESTIGACIÓN	ACTOS DE PRUEBA
a) Se realizan en referencia a una hipótesis y buscan alcanzar el conocimiento de los hechos.	a) Están destinados a convencer al Juez de la verdad de una determinada afirmación.
b) Deben proveer de fundamento para que dicten resoluciones de imputación, limitativas de derechos, autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento; estos se fundan en una mera probabilidad. c) No requieren de contradicción.	b) Deben servir de fundamento de la sentencia; se basan en la plena convicción sobre la responsabilidad. c) La contradicción constituye una condición de licitud.

## 6. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La actividad probatoria se realiza sobre la base de los siguientes principios:

- **Judicialidad.** La actividad probatoria necesariamente se realiza ante un órgano jurisdiccional imparcial.
- **Contradicción.** Debe realizarse con la presencia necesaria de las partes, tanto de quien ofreció el medio de prueba como del adversario, lo que garantiza la igualdad de armas.

- **Oralidad.** Su actuación se realizará verbalmente, aunque se conserve lo dicho en un acta o cualquier otro medio técnico.
- **Inmediación.** Implica la necesaria cercanía o proximidad entre el Juzgador y los medios de prueba.

El proceso penal común previsto en el nuevo Código Procesal Penal está dividido en dos grandes etapas o fases: la de investigación y la de enjuiciamiento. Si se relaciona lo anterior con la actividad probatoria, se observa que durante el desarrollo de la investigación se realizan actos de aportación de hechos, se asume la preparación del juicio oral, se determina fundamentalmente el hecho punible y al presunto autor. En la segunda fase, llamada de enjuiciamiento, se tienen los actos de prueba que están dirigidos a generar la prueba necesaria para alcanzar convicción.

## 7. PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA

La prueba, por regla general, surge en el juzgamiento, etapa en la cual se observan las garantías de oralidad, publicidad y contradicción.

Las diferencias entre ellas son las siguientes:

PRUEBA ANTICIPADA	PRUEBA PRECONSTITUIDA
a) Existe posibilidad de pérdida o modificación. b) Requiere de la intervención de un Juez o de un Tribunal. c) Se realiza antes del Juzgamiento. d) Debe ser sometida a contradicción.	a) Es imposible de reproducción. b) Se realiza sin intervención el órgano jurisdiccional. c) Se realiza antes del inicio formal del proceso. d) Debe ceñirse a las garantías constitucionales y legales.

Ambas pruebas excepcionales se introducen en el juzgamiento a través de la lectura de documentos o piezas del proceso. Lo afirmado se encuentra regulado en artículo 383° parágrafo 1) a y e. En este último aspecto encontramos un rezago del sistema inquisitivo, puesto que para que las actuaciones policiales o administrativas tengan valor de prueba sus autores deben ser sometidos al rigor del interrogatorio y conainterrogatorio.

## 8. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Existen diversas clasificaciones de los medios probatorios:

**Por las fuentes:**

<p><b>Medios de prueba directos o de percepción</b></p>	<p>Son las pruebas propiamente dichas, pues se refieren directamente al hecho. Se logra su verificación a través de los sentidos.</p>
<p><b>Medios de prueba indirecta o de deducción</b></p>	<p>Generalmente no tienen una relación con el hecho que se discute, pero tienden a probar otro hecho mediante la deducción. Son denominadas <b>pruebas indicaría o circunstanciales</b>.</p>

**Por razón de los sujetos:**

<p><b>De oficio</b></p>	<p>Son aquellas que dispone el Juez de oficio. En el nuevo ordenamiento procesal penal se consideran de forma excepcional.</p>
<p><b>De parte</b></p>	<p>Son aquellas que ofrecen e introducen en el proceso las partes, a fin de probar la hipótesis que hubieran formulado sobre los hechos.</p>

**Por el sistema de valoración:**

<p><b>Sistema de prueba tasada o legal</b></p>	<p>Por este sistema el Juez debe valorar el material probatorio de acuerdo con los criterios y cánones impuestos por la Ley.</p>
--	--

<b>Sistema de libre valoración o apreciación facultativa</b>	Se permite que el Juez pueda valorar la prueba de acuerdo con su conocimiento y experiencia, pero deberá tomar en cuenta las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.
--	---

**Por sus efectos:**

<b>Prueba de cargo o inculpatoria</b>	Son las que acreditan la responsabilidad penal del procesado por el delito imputado.
<b>Prueba de descargo o exculpatoria</b>	Son las que desvirtúan la imputación y establecen la inocencia del inculpaado.

## 9. MEDIOS PROBATORIOS TÍPICOS

### 9.1. LA CONFESIÓN

La declaración del imputado es un medio de defensa<sup>9</sup> y no un medio probatorio, pero la confesión, debidamente comprobada, sí es apreciada como uno de los medios probatorios típicos.

---

<sup>9</sup> La declaración del imputado se puede realizar en cualquier momento del proceso, siendo posible que se amplíe cuando fuera pertinente. Puede prestar su declaración ante la policía y también ante el fiscal durante la investigación preparatoria, debiendo estar asistido por un abogado defensor y debidamente informado de los cargos que se le imputan y de los elementos de convicción de cargo. Solo es posible exhortar al procesado para que responda con claridad y precisión, se abandona la antigua formula de "exhortar al procesado a decir la verdad" puesto que es atentatoria del estado de inocencia y la prohibición de auto incriminación.

La confesión implica **el reconocimiento o admisión personal, libre y consciente por parte del imputado de su participación en la comisión del delito.**

El nuevo Código Procesal Penal, por su parte, reconociendo la importancia de la confesión, primero establece su definición. En tal sentido, señala que: «La confesión es la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado». Luego plantea las condiciones de su valor probatorio, sus efectos en relación a la sanción y su tratamiento procesal.

El artículo 160° parágrafo 2) del nuevo Código Procesal Penal establece los presupuestos para que la confesión tenga valor probatorio:

- a) Debe ser **debidamente corroborada** por otros elementos de prueba.
- b) Debe ser **prestada libremente.**
- c) El imputado debe encontrarse en un **estado normal en sus facultades psíquicas.**
- d) Debe ser prestada **ante el Juez o Fiscal en presencia de su abogado defensor.**

Se mantiene el efecto de atenuación excepcional de la pena, siendo posible la disminución de la pena **hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal.** Este beneficio no se podrá aplicar en supuestos de flagrancia o cuando la confesión fuera irrelevante para el esclarecimiento de los hechos por la existencia de suficiencia probatoria, con lo cual se define la naturaleza premial de este dispositivo.

## 9.2. EL TESTIMONIO

Los testigos constituyen una **prueba directa** en el proceso penal, porque son las personas que presenciaron los hechos investigados. Ellos pueden aportar datos importantes, sobre la forma, circunstancias y los instrumentos utilizados.

Para ser testigo en un proceso penal se deben reunir los siguientes requisitos:

- Debe ser una persona física. Toda persona física es jurídicamente capaz de servir de testigo, siempre que tenga conocimiento del hecho y lo haya captado por medio de los sentidos.
- Debe ser capaz, idóneo y tener aptitud física. El testigo debe tener capacidad de discernimiento y no tener defectos físicos que le impidan captar las impresiones del mundo exterior. Esta capacidad también comprende la idoneidad moral.
- No podrá actuar como testigo quien por ley tiene una incompatibilidad funcional o una prohibición expresa de declarar. En el parágrafo 1) del artículo 162° del nuevo Código Procesal Penal se hace referencia a quien es hábil para prestar testimonio, y se excluye a quienes tienen impedimentos naturales o legales.
- Debe ser extraño al proceso y a los resultados del mismo.

- Debe tener conocimiento de los hechos en forma directa o indirecta. La declaración debe versar sobre los hechos percibidos u oídos.

A continuación se señalan algunas características de este medio de prueba:

- **Oralidad**

El testigo debe responder al interrogatorio oralmente y tiene la prohibición de ver declaraciones o consultar papeles o instrumentos, salvo para precisar cifras o fechas con la autorización del juez.

La declaración vertida oralmente se transcribe en un acta. Esta forma de interrogatorio permite apreciar los movimientos, sinceridad, vacilaciones o contradicciones del testigo. Existen excepciones a este principio: el artículo 167° parágrafo 1), en su última parte, prescribe que los altos funcionarios pueden dar su testimonio por escrito; de igual manera, el artículo 168° parágrafo 1) prevé esta posibilidad para los miembros del cuerpo diplomático.

- **Inmediación**

El testigo manifiesta o relata las percepciones sensoriales recibidas de acontecimientos que ha percibido.

Si el conocimiento del testigo es indirecto o de referencia, debe indicar el momento, el lugar y las personas a través de las cuales obtuvo la información. Si se niega a proporcionar la

identidad de su fuente, su testimonio no podrá ser utilizado.

- **Objetividad y determinación**

El testimonio debe ser objetivo, destinado a probar el hecho concreto que se relaciona con la investigación. Las apreciaciones subjetivas del testigo no tienen ningún valor.

En el párrafo 3) del artículo 166° se establece que no se admitirá al testigo expresar conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades, salvo que se trate de un testigo técnico.

- **Retrospectividad**

El objeto del testimonio es referirse siempre a un hecho pasado, pues no se puede declarar sobre hechos futuros. El testigo vuelve al pasado, lo reconstruye.

## ALGUNOS ALCANCES

- Una vez que el testigo es citado, **debe concurrir**, excepto, según la norma procesal: el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, el que mantuviera una relación de convivencia con el imputado, los parientes por adopción, el cónyuge o conviviente aun cuando hubiera cesado el vínculo conyugal o convivencial, los que tuvieran que guardar secreto profesional (religiosos, médicos, notarios, periodistas, sanitarios) o funcionarios o

servidores públicos que conocen secretos de Estado.

- Si el testigo está sometido a órdenes de un superior dentro de la Administración Pública, éste está obligado a facilitar su concurrencia, bajo responsabilidad.
- Ante la inconcurrencia del testigo en la primera citación, se deberá disponer su concurrencia por la fuerza pública.
- **El testigo tiene la obligación de decir la verdad**, por ello presta juramento o promesa de decir la verdad, según sus creencias; sin embargo, no será obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir responsabilidad penal; tampoco pueden ser obligados a revelar nombres de informantes, de miembros de la policía o de los servicios de inteligencia.
- Cuando se trate de autoridades de alta jerarquía, como el Presidente de la República, Ministros, Congresistas, magistrados de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación, Fiscales Supremos, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, miembros del Jurado Nacional de Elecciones, y demás personas que establece el artículo 167° parágrafo 1), pueden declarar a su elección en sus despachos o en su domicilio. También se puede disponer que rindan su testimonio por escrito.
- Si se tratara de testigos residentes fuera de la competencia territorial del juzgado o en el extranjero, cuyo traslado fuera imposible, **éstos rendirán su declaración por exhorto.**

- Los testigos serán examinados por separado; además debe evitarse la comunicación entre ellos.
- Si el testigo es mudo, sordomudo o no habla el castellano, declarará por medio de un intérprete.
- Si el testigo está enfermo o imposibilitado de comparecer, deberá ser examinado en el lugar donde se encuentra.
- Si el testigo es menor de edad o fue afectado psicológicamente por lo sucedido, se podrá disponer su declaración en privado y se permitirá la asistencia de un familiar.

### 9.3. EL CAREO

Careo significa «estar cara a cara». Este medio de prueba era conocido en el Código de Procedimientos Penales de 1940 como confrontación, denominación que recién asume en el nuevo Código Procesal Penal.

MIXÁN MASS sostiene que la confrontación es una diligencia de carácter eminentemente personal y de predominante efecto psicológico que se desarrolla en la presencia binaria de dos confrontables. Consiste en poner al testigo, al agraviado y al inculcado o inculcados frente a frente, a fin de que aclaren algunos puntos contradictorios con la finalidad de esclarecer los hechos.

El nuevo Código Procesal Penal autoriza la confrontación entre imputados, del imputado con los testigos y con el agraviado, a diferencia de las

restricciones previstas en el Código de Procedimientos Penales, que no permitía la confrontación entre testigos y entre agraviados.

La única restricción que se mantiene vigente es la referida a la confrontación entre imputado y víctima menor de catorce años, salvo que su defensa lo solicite expresamente.

Para que se disponga la confrontación en un proceso penal deben cumplirse con las siguientes exigencias:

- a) Que existan **dos declaraciones contradictorias o discordantes**.
- b) Que estas declaraciones **revistan importancia** para el esclarecimiento de los hechos investigados.

Por el objetivo que persigue y su importancia, la confrontación debe realizarse en **forma inmediata a la declaración contradictoria**, a fin de evitar influencias ajenas y que las declaraciones sean distorsionadas.

#### 9.4. LA DECLARACIÓN DEL AGRAVIADO

Se considera procesalmente dentro de la declaración testimonial. No existe dentro del nuevo Código Procesal Penal un tratamiento autónomo; al contrario, en el artículo 171° parágrafo 5) se establece que «para la declaración del agraviado rigen las mismas reglas que para los testigos».

La declaración del agraviado, que tiene la posición de un sujeto interesado en el resultado del caso, resulta un acto complementario a la denun-

cia, útil para centrar la imputación. Si bien algunos autores pretenden negar su condición de fuente de prueba, otros le reconocen esta condición, pero le imponen condiciones. El agraviado debe prestar juramento o promesa de decir la verdad para asegurar la exclusión de motivos perversos o se debe requerir que su versión esté corroborada por otros medios de prueba.

## 9.5. LOS PERITOS

En el proceso penal, la peritación adquirió para sí un sitio propio, como medio especial de prueba, por obra de los jurisconsultos prácticos italianos.

En el curso del proceso penal se presenta una serie de cuestiones que requieren conocimientos especiales en determinada rama de la ciencia o arte, por lo que el Juez Penal debe recurrir al asesoramiento de personas expertas o especializadas en tales asuntos.

El perito es la persona versada en una rama del saber humano que auxilia al Juez en la formulación de dictámenes.

En el artículo 172° del nuevo Código Procesal Penal se define la pericia como un medio de prueba que requiere un conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Se reconoce con esta regulación que se puede lograr una explicación y mejor comprensión de los hechos del proceso no sólo por el conocimiento que tienen los profesio-

nales, sino también por ser personas experimentadas en determinadas actividades u oficios.

Existe una serie de diferencias entre la prueba testimonial y la pericial:

TESTIMONIO	PERICIAS
El testigo nace de las circunstancias anteriores al proceso.	El perito nace de una decisión del Juez durante el proceso.
El testigo declara sobre hechos pasados.	El perito aprecia hechos presentes.
El testigo no puede ser reemplazado, su obligación es personal.	El perito puede reemplazado (subrogado) por otro.

La peritación tiene límites más estrechos en cuando a su extensión, pues sólo alcanza a personas que poseen una especial preparación en alguna ciencia, técnica o arte, o una experiencia calificada, y que están obligadas a poner sus conocimientos al servicio de la justicia.

En el proceso penal las pericias son de gran ayuda, porque hay una gran variedad de exámenes que se pueden realizar. Así, se tiene exámenes que recaen sobre personas: examen médico legal, examen ectoscópico; sobre cadáveres: necropsia, examen de vísceras; sobre huellas y manchas: pericia biológica; o sobre documentos: pericia grafotécnica; entre otros.

## ALGUNOS ALCANCES

- El Fiscal, en la Investigación Preparatoria, y el Juez, en la diligencia de prueba anticipada, pueden **nombrar un perito, o dos o más peritos dependiendo de la complejidad del caso**. En la actualidad existe una relación de peritos debidamente inscritos y acreditados por el Poder Judicial.
- La disposición o resolución de nombramiento de los peritos debe precisar el punto o problema sobre el cual debe incidir la pericia y el plazo para la entrega del informe pericial.
- Los peritos nombrados prestarán juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia.
- El perito tiene la obligación de guardar secreto sobre los datos y demás circunstancias que conozca.
- **El perito puede ser subrogado** (reemplazado por otro perito) si es que demuestra negligencia en el desempeño de su función.
- El perito puede excusarse por las mismas causales por las que el testigo se niega a declarar.
- Los honorarios serán fijados de acuerdo con una tabla de honorarios aprobada por Decreto Supremo.
- **El Informe Pericial**. Es el resultado de la deliberación entre los peritos sobre el objeto que fue materia de examen. El artículo 178<sup>a</sup> del nuevo Código Procesal Penal regula taxativamente cuál debe ser su contenido, y resalta

que debe describirse la situación o estado de hechos, la exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo, la motivación o fundamentación del examen técnico y la indicación de los criterios científicos y técnicos utilizados. Se puede realizar observaciones al informe pericial oficial en el plazo de cinco días, luego de la comunicación a las partes.

- Este documento consta de tres partes: el estudio o examen del objeto de la pericia, el análisis y las conclusiones (en esta última parte aparece el pronunciamiento de los peritos). Las conclusiones no vinculan al juzgador, están sujetas a su apreciación de acuerdo con las reglas de la crítica.
- Si los peritos discrepasen, cada uno presentará por su cuenta, su dictamen; es decir, se presentarán dos informes.
- Si el informe pericial oficial fuera insuficiente, se podrá ordenar su ampliación al mismo perito o se nombrará otro perito.
- Se puede designar a un perito de parte cuyo informe deberá presentarse en el proceso.
- Los peritos pueden ser examinados en el juzgamiento para una mejor explicación sobre las comprobaciones efectuadas. Si hubiera informes discrepantes, se promoverá un debate pericial. Si la discrepancia es entre el perito oficial y el perito de parte, entonces el debate será obligatorio.

## 9.6. LA PRUEBA DOCUMENTAL

Documento es todo objeto material que contiene con carácter permanente la representación actual de un acto, un estado afectivo, un suceso, un estado de la naturaleza o de la sociedad. ALSINA sostiene que el documento **es toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal.**

En el artículo 185° del nuevo Código Procesal Penal se realiza una enumeración taxativa de los documentos, con una concepción amplia sobre los mismos, puesto que no sólo se consideran los manuscritos o impresos, sino también faxes, disketes, películas, fotografías, radiografías, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces y otros similares.

De acuerdo con su finalidad probatoria, los documentos pueden ser:

- **Documentos de finalidad.** Son aquéllos que contienen la declaración de voluntad, hecha expresamente para acreditar un hecho, es decir, son aquellos destinados a servir de medio de prueba. V.gr.: El cheque sin fondos evidencia la comisión del hecho ilícito penal.
- **Documentos de eventualidad.** Son aquéllos que no tienen la finalidad de acreditar un hecho, pero lo acreditan. Generalmente están destinados a la comunicación y pueden servir de manera eventual como medios probatorios. V.gr.: una carta.

Para que un documento sirva de medio probatorio no es necesario que tenga finalidad probatoria, es suficiente que aporte datos sobre la investigación. Lo que sí es necesario es probar su autenticidad, es decir, que provenga de quien lo suscribe y que el contenido no haya sufrido ninguna alteración.

La clasificación tradicional de documento es:

- **Documentos públicos.** Si provienen de funcionario público, que lo expide en el ejercicio de sus funciones, o de notario público. Estos documentos, con las formalidades de ley, producen fe plena sobre su contenido.
- **Documentos privados.** Si provienen de un particular y son reconocidos por quien los suscribió. Si el otorgante niega su firma, se puede realizar una pericia para establecer su autenticidad.

En cuanto a instrumentos que se encuentran en archivos oficiales, el Juez puede ordenar su exhibición o entrega al responsable, salvo que contengan secretos de Estado, que no pueden ser conocidos por la comunidad o por el grave riesgo a la seguridad y estabilidad nacional.

De haberse requerido la exhibición del documento y su tenedor no lo presente, se podrá solicitar al Juez que ordene su correspondiente incautación.

Los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser llevados a proceso ni

utilizados de modo alguno, salvo que constituyan cuerpo del delito o provengan del imputado. Otra diligencia que se puede efectuar con la prueba documental es el reconocimiento no sólo de manuscritos, sino también de voces, imágenes, huellas u otros medios.

Si se trata de un documento redactado en un idioma distinto del castellano, deberá efectuarse la **traducción** correspondiente. De tratarse de una cinta magnetofónica, se procede a la transcripción en un acta y, si fuera una cinta de video, se puede efectuar su **visualización y transcripción**.

## 9.7. MEDIOS PROBATORIOS DE PERCEPCIÓN JUDICIAL INMEDIATA

### INSPECCIÓN JUDICIAL

Denominada aún en el Código de Procedimientos Penales de 1940 «inspección ocular», calificación que ha sido dejada de lado, por cuanto este medio probatorio involucra, además de la vista, los demás sentidos (oído, olfato, tacto y gusto), el nuevo Código Procesal asume la denominación de «inspección judicial».

La inspección judicial es un medio de prueba de eficacia excepcional, ya que consiste en el examen o reconocimiento que hace el Juez o Colegiado, a veces en compañía de las partes, testigos o peritos, **del lugar en el que se produjo el hecho**, de manera que juzga directamente algu-

nos elementos que son indispensables para el esclarecimiento de los hechos. Por ello afirma FENECH que en este medio probatorio el Juez asume la prueba en el mismo momento en que la realiza.

Por medio de la inspección judicial, el Juez entra en contacto inmediato con los hechos materia de la investigación, esto es, el cuerpo del delito, las huellas y objetos utilizados.

Debe realizarse inmediatamente después de producido el delito, y concurrirán quienes presenciaron los hechos, los peritos y los posibles autores. De esta diligencia debe levantarse el acta respectiva. También se pueden levantar planos o croquis del lugar, tomar fotografías, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa.

En cuanto a tiempo, modo y forma de realización, se debe adecuar a la naturaleza del hecho investigado y a las circunstancias en que ocurrió.

La diligencia se compone de dos partes:

- **Observación**, en el que se toma en cuenta todo lo que se percibe con la vista u otro sentido, se examina el escenario y los vestigios.
- **Descripción**, en el que se escribe el acta con el detalle de todo lo percibido.

Según la complejidad y la variación de las investigaciones que se realizan en el proceso, puede mezclarse la inspección judicial con el reconocimiento y la peritación.

En los delitos contra la libertad sexual no se exigirá la concurrencia de los agraviados menores de edad o de las víctimas que pudieran ser afectadas psicológicamente con su participación.

### **RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS**

Llamada también reconstitución de los hechos, **es la recomposición o reproducción artificial** (imitativa) del hecho o de una fase del mismo para determinar la verosimilitud de alguna de las afirmaciones vertidas en el proceso.

Tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó o pudo acontecer de acuerdo con las declaraciones o pruebas actuadas.

Tiene cierta similitud con la inspección judicial. En ambas predomina el sentido de la vista, pero mientras que en la inspección judicial el Juez se limita a reconocer el lugar y recoger vestigios y huellas, en la reconstrucción se repite el evento, contando con la presencia de quienes participaron en él. **La primera permite apreciar dónde se cometió el delito y la segunda cómo se cometió.**

Esta diligencia tiene dos elementos:

- La reproducción de los hechos.
- El acta final donde debe constar con fidelidad lo que ha sido materia de observación judicial.

Se puede disponer en esta diligencia que se levanten planos, croquis y se tomen fotografías, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen en la investigación.

El imputado no está obligado a intervenir en el acto, que debe practicarse con la mayor reserva

posible. En delitos contra la libertad sexual no se exigirá la concurrencia de agraviados menores de edad, o de las víctimas que puedan ser afectadas psicológicamente.

## 9.8. RECONOCIMIENTO DE PERSONAS Y COSAS

Desde un punto de vista genérico, el reconocimiento es el acto mediante el cual **se comprueba en el proceso la identidad de una persona o de una cosa**. Se utiliza en el proceso penal para individualizar a una persona o cosa.

Deben considerarse para el reconocimiento de personas los siguientes pasos:

- **Descripción de la persona aludida.**

Poner a la persona a la vista junto con otras de aspecto semejante. Si no es posible contar con la presencia de la persona, se puede poner a la vista fotografías u otros registros.

En el nuevo Código Procesal Penal se exige la presencia del abogado defensor. De realizarse en la etapa de investigación preparatoria será ante el Juez, en cuyo caso se considera como un acto de prueba anticipada.

Es posible también el reconocimiento de voces, sonidos y todo objeto susceptible de percepción sensorial.

Las cosas objeto de reconocimiento serán exhibidas en la misma forma que los documentos. Antes de efectuar el acto de reconocimiento, deberá describirse a la persona o cosa.

## 9.9. DILIGENCIAS ESPECIALES O PERICIAS ESPECIALES

### 9.9.1. En el delito de homicidio

#### • **Identificación y reconocimiento del cadáver**

Hallado un cadáver, se debe proceder a su identificación o reconocimiento. Ambos son actos procesales formales y escritos.

#### **a) Identificación**

Tiene por objeto establecer en forma fehaciente a quién corresponde el cadáver. Se puede realizar antes de la inhumación o luego de la exhumación.

Para identificarlo se pueden presentar varias posibilidades:

- La víctima puede llevar documentos personales. En tal caso la tarea se cumple rápidamente.
- Se puede también recurrir a quienes descubrieron el cadáver y a testigos que pueden identificar al occiso.
- Si no hubiera documentos o testigos que permitieran identificarlo o no se encontrara en buen estado de conservación, se debe trasladar y exponer el cadáver durante 24 horas en la morgue. Si el cadáver no fuera reconocido, el Juez ordenará se tomen fotografías y se conserven todas sus prendas. Se levantará el acta correspondiente.

- Con el avance de la criminología, la identificación se puede realizar utilizando métodos más efectivos como la prueba dactiloscópica o palmatoscópica y la fórmula dental. Para ello se requiere la participación de peritos.

#### **b) Reconocimiento**

Consiste en la constatación del aspecto exterior que presenta el cadáver: lesiones externas, edad aproximada, sexo, ropa, postura, etc.

- **Necropsia**

Esta diligencia era denominada anteriormente autopsia.

La palabra autopsia proviene del griego "Autus", que significa "yo mismo", y "Oasis", que significa "vista". Etimológicamente quiere decir examen o comprobación con los propios ojos. Este término ha dejado de ser utilizado porque es más pertinente la denominación de necropsia, que en la medicina y en el derecho **es el examen del cadáver para determinar las causas de la muerte.**

**Toda muerte ocasionada por causas no naturales (muerte violenta, súbita o repentina) requiere necropsia,** salvo que los familiares presenten el certificado médico que acredita que el occiso padecía de una enfermedad cuyo final era la muerte, que podía ser súbita o no, es decir, la persona tuvo asistencia facultativa antelada, aunque el deceso fuera imprevisto en el momento y lugar.

En la muerte violenta no es suficiente la percepción judicial inmediata del cadáver, aun cuando la herida sea aparentemente grave y pueda determinar el deceso o, por lo menos, presumir que tal lesión lo ha ocasionado. Siempre es necesaria la necropsia para establecer si esa lesión, aparentemente de necesidad mortal, es la que ha determinado la muerte o ha sido inferida post mortem.

En el párrafo 2 del artículo 196° del nuevo Código Procesal Penal se establece que en caso de muerte producida por accidente de un medio de transporte o como resultado de un desastre natural, en que la causa de la muerte es consecuencia directa de estos hechos, no será exigible la necropsia, salvo que fuera el cadáver de quien tenía a cargo la conducción del medio de transporte.

**El protocolo de necropsia** es la declaración que hace el médico legista encargado del examen externo e interno del cadáver para determinar la causa de la muerte. Comprende tres partes:

- 1. Examen Externo.** Se hace constar los siguientes datos: sexo, raza, estatura, color de su piel, de sus ojos, edad, grado de nutrición, lesiones externas y ropa que llevaba puesta.
- 2. Examen Interno.** Debe comprender la descripción de lo que se constate en las cavidades craneal, torácica, abdominal, raquídea y en las extremidades.

**3. Conclusiones.** Sobre la causa de la muerte y el medio utilizado para ocasionarla.

- **Embalsamamiento del cadáver**

El Fiscal puede autorizar, previo informe médico, el embalsamamiento a cargo de profesional competente cuando lo estime competente para los fines del proceso. La incineración sólo puede ser dispuesta por el Juez después de expedida la sentencia firme.

- **Examen de vísceras (Envenenamiento)**

El envenenamiento se considera como una causa de muerte violenta. El veneno es una sustancia que, introducida en el organismo de un ser humano, produce un estado patológico que puede producir trastornos en la salud de las personas hasta llegar a producir la muerte.

Para determinar el envenenamiento es necesario recurrir a técnicas de laboratorio y análisis químico de las vísceras. Las vísceras son órganos internos del hombre que quedan al descubierto con la apertura de las cavidades.

Al realizarse la necropsia, se debe tomar muestras de las vísceras o de restos de alimentos. Éstos se enviarán en envases transparentes, cerrados y lacrados al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional. Si fuera posible, las materias objeto de pericia deben conservarse para ser presentadas en el juicio oral.

### 9.9.2. En el delito de lesiones y agresión sexual

Nuestra legislación establece que el Juez Penal, para calificar la gravedad de las lesiones, requiere el auxilio de peritos médicos, los que realizarán la pericia o reconocimiento médico legal.

El peritaje médico legal debe determinar:

- a. Clase, naturaleza y ubicación de la lesión.
- b. El medio con que se ha producido.
- c. Si la lesión fue producida por mano propia o por terceros.
- d. Efectos de la lesión, precisando si es permanente o transitoria.
- e. La asistencia médica para su curación.
- f. La incapacidad para el trabajo, como consecuencia de la lesión.

Tratándose de un reconocimiento médico legal en agresión sexual, se precisa que debe ser practicado el examen exclusivamente por el médico encargado del servicio con la asistencia, si fuera necesario, de un auxiliar. Sólo se permitirá la presencia de otras personas previo consentimiento de la persona examinada.

### 9.9.3. En el delito de aborto

Tratándose del delito de aborto, el Juez Penal tiene la obligación de comprobar lo siguiente:

- **La preexistencia del embarazo.** Es necesaria la comprobación médica, puesto que puede darse el caso de que existan los síntomas del

embarazo, pero por error o simulación; entonces no habrá aborto.

- **Los signos demostrativos de la interrupción del embarazo.** Debe acreditarse que la muerte se ha debido a maniobras abortivas extrañas, no a circunstancias naturales como puede ser una caída.
- **Las causas que determinaron el aborto.** Los peritos deben indicar los instrumentos y forma utilizada para llevarlo a cabo. El aborto puede haber sido practicado por expertos en la materia o por personas que tienen nociones elementales de la ciencia médica o por empíricos. Se tendrá entonces como presuntos autores a un médico, a una obstetrix o a una comadrona.

#### **9.9.4. En el delito contra el patrimonio**

##### **Preexistencia del bien materia del delito**

En los delitos contra el patrimonio, es indispensable acreditar que el objeto mueble sustraído existía y estuvo en poder del agraviado. La forma de acreditar en el proceso penal la preexistencia de un bien es presentando la factura de dicho bien, que demuestra que se adquirió con anterioridad al delito y que pertenece al agraviado.

En el nuevo Código Procesal Penal se establece una apertura en cuanto a los medios que se pueden ofrecer para probar la preexistencia del bien. En el artículo 201<sup>o</sup> párrafo 1) se señala: «cualquier medio de prueba idóneo».

### **Pericia de valorización**

También dentro de los delitos contra el patrimonio es importante citar la pericia de valorización. Si se han recuperado los bienes, la valorización se realizará teniéndolos a la vista. Si no se recuperaron, la valorización es subjetiva, ya que se basa en referencias del agraviado, lo que le resta seriedad.

En el nuevo Código Procesal Penal se regula la valorización para los bienes que fueron objeto del delito, pero también la posibilidad de usar dicha diligencia para determinar el importe del perjuicio o daños sufridos, cuando corresponda. No será necesaria esta diligencia cuando se pueda establecer el valor por otro medio de prueba idóneo o cuando sea posible una determinación judicial por su simplicidad o evidencia.

### **9.10. LA PRUEBA INDICIARIA**

La prueba indiciaria tomó auge en la época moderna con interesantes estudios de juristas sobre la materia. El Código de Procedimientos Penales de 1940 no regula la prueba indiciaria, pero los tribunales la han venido aplicando. En cambio, en el artículo 158º parágrafo 3) del nuevo Código Procesal Penal sí existe una regulación expresa.

MANZINI señala que «el indicio es una circunstancia cierta de la que puede sacarse, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o no de un hecho a probar». MIXÀN MASS sostiene: «El indicio es aquel dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, «inequívoco e

indivisible» y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*».

Los indicios son pruebas indirectas que presentan la forma de un raciocinio y que cuentan con tres elementos:

- a) Un hecho conocido, cierto y verificado. En el nuevo ordenamiento procesal se señala que el indicio debe estar plenamente probado.
- b) Un hecho desconocido, no determinado, pero que se trata de probar.
- c) Un enlace necesario entre el hecho conocido y desconocido. Se debe aplicar la inferencia, que debe estar basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.

El Juez Penal realiza una operación lógica crítica, parte de un hecho conocido y obtiene un argumento probatorio fuerte o débil, completo o incompleto, y llega a un hecho desconocido.

## CLASES DE INDICIOS

**Las que tienen en cuenta el tipo de relación causal:**

<b>INDICIO NECESARIO</b>	<p>Del dato cierto resulta una relación causal univoca, es decir, produce un efecto determinado. V.gr. Los golpes en diferentes partes del cuerpo son indicios necesarios de la gresca suscitada entre las personas intervenidas.</p>
------------------------------	---

<b>INDICIO CONTINGENTE</b>	<p>Cuando no es posible identificar con exactitud la relación causal a la que pertenece. V.gr.: Dónde se encontraba el sujeto cuando se cometió el delito, lo señalado por el procesado antes de que ocurrieran los hechos.</p>
----------------------------	---

En el artículo 158º parágrafo 3) literal c) se reconocen expresamente los indicios contingentes, a los que una buena parte de la doctrina identifica con los denominados «indicios de la capacidad de delinquir».

Puede existir una pluralidad de indicios contingentes pero no debe existir entre ellos incompatibilidades. Si los indicios contingentes tienen una relación armónica, entonces se denominan «concordantes». Por otro lado, si estos indicios están referidos al mismo lugar, tiempo, propósito, se trata de indicios «concurrentes».

**Por el momento de su aparición:**

<b>INDICIOS ANTECEDENTES O ANTERIORES</b>	<p>Actos o situaciones previas a la consumación del delito. V.gr.: Estuvo días antes por el lugar, recabó información, etc.</p>
<b>INDICIOS CONCOMITANTES</b>	<p>Aquellos que corresponden al momento de ejecución y consumación del delito. V.gr.: Huellas</p>

	en la escena del crimen, manchas de sangre en el vestido.
<b>INDICIOS POSTERIORES</b>	Son los que surgen con posterioridad al hecho. V.gr.: Nerviosismo, explicaciones inverosímiles.

### Características:

- **No es una prueba histórica:** No expone un hecho histórico, se limita a sugerirlo. GARCÍA VALENCIA señala que las pruebas históricas representan al juez el hecho objeto de prueba, mientras que la prueba indiciaria permite deducir su existencia o inexistencia.
- **Es crítica:** Interviene el raciocinio. La inteligencia y la lógica se unen para detectar el hecho indicio y formular la inferencia correspondiente.
- **Es una prueba de probabilidades.** Permite varias inferencias probables. Como señala MARTÍNEZ ARRIETA, la suma de probabilidades determinará la certeza.
- La prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial. Ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional.

### Contraindicio

Se ha regulado expresamente en el párrafo 3) del artículo 158º del nuevo Código Procesal Pe-

nal. Conocido también como «indicio negativo», se trata de un hecho cierto y probado que tiene una fuerza disuasiva total o relativa, de tal manera que puede desaparecer o destruir los indicios contingentes concurrentes o convergentes establecidos en el caso concreto.



## **CAPITULO XIV**

### **LA ETAPA INTERMEDIA**

#### **1. DEFINICIÓN**

Es la segunda etapa del proceso penal común en el que se deben revisar si concurren los presupuestos para el inicio de la etapa de juzgamiento. Es dirigida por el Juez de la Investigación Preparatoria, teniendo una fase escrita (en la cual se plantea y se corre traslado a las partes de los requerimientos del fiscal) y otra fase oral (en la cual el juez escucha a las partes y adopta las decisiones pertinentes).

BINDER define a esta etapa desde un punto de vista formal. Sostiene que «es el conjunto de actos procesales que tienen como fin la corrección o *saneamiento formal* de los requerimientos o los conclusivos de la investigación».

#### **2. ALTERNATIVAS DEL FISCAL AL CONCLUIR LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

Al concluir la investigación preparatoria, el Fiscal Provincial tiene dos alternativas principales:

**a) Formular acusación**

La acusación fiscal es el resultado de toda una etapa de investigación preparatoria. En ella el Fiscal ha buscado obtener los elementos de convicción necesarios para poder ejercitar la acción penal y formular su pretensión penal (imposición de una pena o medida de seguridad) y civil (reparación civil).

La acusación constituye la materialización del principio acusatorio. Un Tribunal no puede declarar la procedencia del juicio oral sin la acusación del fiscal.

La acusación fija definitivamente la persona que debe ser sometida a juicio y el hecho acerca del cual debe versar el debate. El Fiscal debe mantenerse durante el juicio oral dentro de los límites de su acusación, salvo la existencia de hechos nuevos u omisiones que determinen la variación en la calificación jurídica, en cuyo caso está autorizado a formular una **acusación complementaria**.

Delimita también la defensa y sentencia. La condena tiene que comprender sólo a las personas y delitos que han sido señalados en la acusación, salvo que se plantee la tesis de desvinculación en el desarrollo del juicio.

La acusación debe guardar relación con la formalización de la investigación respecto a las personas involucradas y hechos imputados. **El aspecto jurídico tiene un carácter relativo**, según lo establecido en el A.P. 6-2009, de modo que el Fiscal, al momento de acusar,

puede apartarse de la calificación efectuada en la formalización de la investigación preparatoria, teniendo como límite la homogeneidad del bien jurídico. Esta posibilidad esta prevista en el artículo 349°.2 del nuevo Código, y no implica una afectación al principio de contradicción ni al derecho de defensa.

No se ha optado por clasificar la acusación en sustancial y formal, tal como lo hacía el inciso 4) del artículo 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Constituye un avance importante considerando que no se puede exponer a una persona a la publicidad del juzgamiento sobre la base de una imputación inconsistente o irrita.

Se exige una debida motivación de este acto del fiscal y la observación de cierto contenido formal. Además de la identificación del acusado y la descripción clara de los hechos, se indicarán los elementos de convicción. El Fiscal debe precisar el grado de participación que se atribuye al imputado, las circunstancias modificatorias de responsabilidad, la norma penal por aplicarse, la pena y el monto de la reparación civil, así como los medios de prueba que ofrece para su actuación en la audiencia.

Es factible, de acuerdo con el artículo 349° parágrafo 3), la existencia de una **calificación alternativa** (conurrencia de dos tipos penales distintos pero excluyentes) o **subsidiaria** (conurrencia de dos tipos penales que guardan

una relación de principal-subsidiario) en aquellos supuestos en los que existen ciertos problemas para la calificación según los elementos de prueba. Con este tipo de disposición creemos que no se afectaría la defensa del imputado, que desde un principio podría contemplar en su estrategia dichas posibilidades; sin embargo, hace más complicada y trabajosa la preparación para el juicio.

La acusación debe ser notificada a los sujetos del proceso a fin de que realicen sus observaciones, deduzcan medios de defensa, soliciten la imposición o revocación de medidas de coerción, requieran el sobreseimiento, insten la aplicación del principio de oportunidad, ofrezcan pruebas para el juicio, objeten la reparación civil y propongan acuerdos probatorios. Para absolver el traslado, los sujetos del proceso cuentan con un plazo de diez días.

b) *Requerir el sobreseimiento*

El Fiscal efectuará este requerimiento en los siguientes supuestos:

- El hecho materia de proceso no se realizó.
- El hecho no puede atribuirse al procesado.
- El hecho imputado no es típico.
- Concurren causas de justificación o de exculpación o excusas absolutorias.
- La acción penal se ha extinguido.

- No existen razones fundadas para solicitar el enjuiciamiento del imputado.

Si el Fiscal decide solicitar al Juez el sobreseimiento de la causa, enviará el requerimiento adjuntando a éste el expediente fiscal. Recibido el escrito y los actuados, el Juez de la Investigación Preparatoria debe correr traslado de la solicitud a los demás sujetos procesales **por el plazo de diez días.**

La parte afectada por este requerimiento podrá formular oposición a la solicitud de sobreseimiento dentro del plazo establecido. El escrito de oposición deberá ser debidamente fundamentado. Se puede solicitar la realización de actos de investigación adicionales, para lo cual se deberá indicar su finalidad y los medios de prueba por realizar.

Se prevé la realización de una **audiencia de control del sobreseimiento** que se realizará indefectiblemente, aun cuando las partes no formulen oposición alguna o no soliciten una investigación suplementaria. En el nuevo sistema los pedidos son sometidos a un doble control, formal y sustancial. Por ello se prevé este tipo de Audiencias a través de las cuales los sujetos procesales podrán observar omisiones o errores, que no invaliden o afecten las decisiones por adoptarse.

La audiencia se lleva a cabo con los asistentes. Previamente, todos los sujetos procesales deben ser citados. El debate constará en los alegatos de cada uno de los sujetos procesales

asistentes respecto a los fundamentos del requerimiento fiscal.

El Juez se pronunciara en un plazo de 15 días, habiéndose previsto las siguientes alternativas de decisión:

- **Auto de sobreseimiento total** (comprende a todos los delitos o imputados) **o parcial** (comprende sólo algunos delitos o imputados), ante el cual procede recurso de apelación, que no impide la libertad inmediata del imputado. No está previsto el sobreseimiento provisional, éste sólo puede ser definitivo, siendo posible que adquiera calidad de cosa juzgada.

Al respecto, BINDER sostiene lo siguiente: «...el sobreseimiento representa una absolución anticipada, una decisión desincriminatoria fundada en la certeza de que el supuesto hecho punible no existió, o que si existió como hecho, no se trató de un hecho punible, o bien de que el imputado no tuvo participación en el hecho punible de que se trata. Todos estos supuestos implican un grado de certeza equiparable al de una sentencia absolutoria, y sus efectos también pueden ser equiparados ya que el sobreseimiento cierra irrevocablemente el proceso».

- **Auto de instauración de investigación suplementaria**, con indicación del plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar.

- **Auto de elevación de lo actuado al Fiscal Superior**, el cual deberá expresar las razones en que funda su desacuerdo con el Fiscal Provincial.

El Fiscal Superior deberá pronunciarse en un plazo de 10 días, señalando:

- Que ratifica el requerimiento de sobreseimiento, ante lo cual el Juez deberá inmediatamente dictar el auto de sobreseimiento.
- Que no está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal Provincial, por el cual ordena a otro Fiscal que formule acusación.

Las últimas alternativas previstas son una clara muestra de los rezagos inquisitivos en el nuevo sistema, puesto que ante la decisión del titular de la acción penal (que vela por el interés punitivo) de promover el sobreseimiento no tendría el Juez otra alternativa que sobreseer; sin embargo, pensando en la actuación deficiente del fiscal y en evitar la impunidad, es posible que aquél hasta disponga una investigación suplementaria indicándole al fiscal lo que tiene que hacer.

### 3. AUDIENCIA PRELIMINAR O DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Es el momento procesal que se realiza una vez que se ha formulado la acusación y se ha corrido traslado de ella a los sujetos del proceso, a fin de realizar su control **formal y sustancial**. La acusación debe

cumplir con ciertos requisitos que condicionan su validez y que le corresponde controlar a las partes ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

En esta Audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y de la defensa del acusado.

Desde una perspectiva subjetiva, es necesario que en la acusación se identifique debidamente al imputado. Desde una perspectiva objetiva, se debe mencionar de modo claro y preciso los hechos atribuidos, así como debe contener el título de imputación, la calificación jurídica, la petición de la pena que corresponda y la reparación civil si no se hubiera constituido el actor civil.

**El control formal de la acusación** reside en cualquier cuestionamiento en cuanto a su contenido (artículo 349°), y puede ser realizado de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria, generando como consecuencia máxima la devolución de la acusación cuando se requiera un nuevo análisis, siendo lo común que se corrija cualquier defecto u omisión en el mismo acto.

**El control sustancial** se sustenta en el cuestionamiento del propio mérito de este acto, alegando la existencia de una causal para el sobreseimiento. Consideramos que este tipo de control no puede ser ejecutado de oficio; sin embargo, el artículo 352°. 4 del nuevo Código Procesal autoriza al Juez de la Investigación Preparatoria a efectuarlo de oficio, cuando la situación es palmaria o patente, pero debe instar a las partes a pronunciarse al respecto.

**El control formal y sustancial** al que hacemos referencia no se realizan conjuntamente. Después de

realizadas las subsanaciones formales, recién se procede al examen de mérito o sustancial de la acusación.

Además, en esta Audiencia se realizarán los siguientes actos procesales:

- a) Resolver algunos medios de defensa.
- b) Aplicar criterios de oportunidad. No corresponde aquí aplicar la Terminación Anticipada del Proceso porque desnaturalizaría este tipo de proceso especial (A.P. N° 5-2008).
- c) La admisión de medios de prueba ofrecidos, siempre que se haya indicado su trascendencia, además de observar su pertinencia y utilidad.
- d) **Las convenciones o acuerdos probatorios.** Los 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, 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.

#### 4. AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Realizada la Audiencia Preliminar y resueltas las cuestiones planteadas, el Juez de la Investigación Preparatoria, hasta por un plazo máximo de 48 horas, deberá dictar el auto de enjuiciamiento en el

que se declara que hay mérito para pasar a la etapa de juicio oral, aceptándose el pedido del Fiscal de someter al procesado a un juicio público.

Esta resolución determina el paso de una etapa a otra (del sumario al plenario o de la investigación al debate). No se trata de un decreto de mero trámite, sino de una resolución de trascendental importancia, pues constituye el nexo o puente entre la fase preliminar (etapa de los actos preparatorios) y el debate oral.

**Esta resolución no es recurrible.** Es importante puesto que va a definir el contenido preciso del juicio, es decir, va a delimitar su objeto. Por ello se exige determinado contenido: además de la identificación del imputado y de los agraviados, la de los delitos, indicando el texto legal aplicable; los medios de prueba admitidos y las convenciones probatorias, la indicación de las partes constituidas en la causa y el mandato de remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral.

## 5. AUTO DE CITACIÓN A JUICIO

Una vez expedido el auto de enjuiciamiento, **asumen competencia los Jueces Unipersonales o Juzgados Colegiados**, que expiden el auto de citación a juicio con indicación de la sede del juzgamiento y de la fecha de la realización del juicio oral.

La fecha será la más próxima posible, en un plazo no menor de diez días. El Juzgado ordenará el emplazamiento de todos los sujetos que deben concurrir al juicio oral, y se designara al abogado defensor del acusado.

## 6. FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE JUDICIAL

El nuevo Código Procesal Penal, de acuerdo con el sistema acusatorio, ha dispuesto reducir al mínimo la información a disposición del Juzgador antes de iniciar la etapa de juzgamiento con la finalidad de evitar que el Juez se vea influenciado por aquellos actos de investigación y asuma una posición anticipada que afecte su imparcialidad. Se busca que la decisión del Juzgador se funde en la prueba incorporada legítimamente durante el juicio oral, momento estelar del proceso en el cual las partes, en igualdad de condiciones y con publicidad, ejercen con efectividad el principio de contradicción.

El artículo 136° del nuevo Código Procesal Penal establece que una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el respectivo expediente judicial, que deberá contener:

- Los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y civil derivada del delito.
- Las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la Policía o el Ministerio Público, así como las declaraciones del imputado.
- Las actas referidas a la actuación de prueba anticipada.
- Los informes periciales y los documentos.
- Las resoluciones expedidas por el Juez de la Investigación Preparatoria y, de ser el caso, los elementos de convicción que las sustentan.
- Las resoluciones emitidas durante la etapa intermedia y los documentos, informes y dictáme-

nes periciales que hayan podido recabarse, así como, de ser el caso, las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público.

Advertimos que en la formación de dicho expediente judicial no se toman en cuentas las declaraciones testimoniales o de los peritos, por ser necesario que éstas se practiquen, según el principio de inmediatez, durante el juicio oral.

## **7. ÓRGANOS JURISDICCIONALES ENCARGADOS DEL JUZGAMIENTO**

La etapa final del proceso penal común puede ser competencia de:

El Juzgado Colegiado. Es un órgano jurisdiccional conformado por tres jueces penales. Al lado derecho de la Sala de Audiencias se ubican el Fiscal Superior y el abogado de la parte civil. Al lado izquierdo se ubican los abogados de la defensa y del tercero civilmente responsable. Los testigos y peritos ocuparán un ambiente contiguo a la Sala de Audiencias.

La dirección del juzgamiento corresponde al Juez Penal o al Juez Presidente del Juzgado Colegiado. Existe la posibilidad, en este último caso, de que éste pueda delegar sus facultades a los otros magistrados que integran el juzgado.

Entre las facultades del Director del juzgamiento se encuentran:

### **1. *Facultad de dirección***

- Garantiza el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes.
- Impide que las alegaciones se desvíen a aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coactar el ejercicio de la acusación y de la defensa.

### **2. *Facultad discrecional***

Goza de libertad para resolver situaciones no previstas expresamente en la Ley. Los criterios que utilice deben estar inspirados en los fines del proceso penal, respetando las garantías y principios de la administración de justicia.

### **3. *Facultad disciplinaria***

Goza de la potestad de hacer prevalecer el orden y disciplina durante la sesión de la audiencia.

Dentro de esta facultad están comprendidas algunas medidas que puede adoptar el Juzgador, entre ellos:

- a) La expulsión de la sesión a quienes perturben su desarrollo.
- b) La detención hasta por 24 horas a quienes amenacen o agredan a los jueces o a cualquiera de las partes, sus abogados o demás intervinientes en el proceso, o impidan la continuación del juzgamiento.
- c) La conducción, con apoyo de la fuerza pública, de un acusado, testigo o perito que se retire o aleje de la audiencia sin la autorización del Juez.

- d) Orden de detención por la comisión de un delito en el desarrollo del juicio. El Juez Penal ordenará que se levante el acta correspondiente y pondrá al detenido a disposición del Fiscal.

## CAPITULO XV

### EL JUZGAMIENTO

#### 1. DEFINICIÓN

El juicio oral o etapa de enjuiciamiento es la tercera etapa del proceso penal común. Constituye el momento más importante del proceso (así se declara en el párrafo 1) del artículo 356° del nuevo Código Procesal Penal), puesto que se realiza la actividad probatoria que sirve de base para sustentar la decisión final sobre el fondo del proceso. Está constituida por debates orales que se llevan a cabo ante el Juez Unipersonal o Juzgado Colegiado para concluir con la sentencia que pone fin al proceso.

Comprende una serie de actos procesales sucesivos y ligados entre sí. Estos actos procesales conforman una unidad compleja denominada *Audiencia* y deben observar algunas formalidades, bajo sanción de nulidad.

En esta etapa se producirá la prueba, bajo el control de los sujetos del proceso que actúan al amparo del principio de igualdad de armas y con todas las garantías necesarias.

Una de las más importantes innovaciones del nuevo sistema procesal se encuentra en la instauración de

un juzgamiento que otorga garantías en cuanto a la imparcialidad judicial. Por ello, en el artículo 363° parágrafo 1) del Código Procesal Penal se establece que la dirección del juicio oral corresponde al Juez Penal o Presidente del Juzgado Colegiado que ordenará los actos necesarios para su desarrollo, pero garantizando el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes.

BINDER sostiene: «El juicio es la etapa principal del proceso penal porque es allí donde se «resuelve» – mejor dicho, se «redefine»– el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal. Este carácter definitivo resulta sumamente importante para comprender la «lógica» del juicio oral. Aquellos que están inmersos en el sistema escrito no suelen comprender este carácter del juicio penal, precisamente porque los juicios escritos no tienen esta característica; por el contrario, éstos son esencialmente revisables, provisorios, por el efecto del recurso de apelación. (...) El juicio oral es mucho más estricto y más preciso en cuanto reglas de producción de prueba que en un sistema escrito. Por otra parte, el Juicio oral requiere una mayor preparación».

## 2. PRINCIPIOS

### PRINCIPIO ACUSATORIO

**Sin acusación no hay Juicio Oral.** La acusación que formula el representante del Ministerio Público es presupuesto indispensable para el Juicio Oral. Es de aplicación la locución latina: «*non procedat ex officio*». El artículo 356° parágrafo 1) consagra este principio

al prever: «El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. (...)».

### **PRINCIPIO DE ORALIDAD**

Es una de las notas características de la etapa de enjuiciamiento. El material probatorio debe haber sido expresado oralmente en el debate por la innegable ventaja de poner frente a la Sala los medios probatorios y las manifestaciones de los sujetos procesales para que pueda apreciar directamente reacciones, emociones y ademanes. Es una garantía de la inmediación.

Como bien señalan BAYTELMAN y DUCE: «El uso de la oralidad no sólo tiene que ver con la inmediación y la posibilidad de que los jueces se persuadan de la prueba que se actúa frente a ellos, sino también para imprimirle una mayor dinámica al juicio, incluso el juez debe dictar el fallo a viva voz».

BINDER sostiene que la importancia de la oralidad deriva de que ella constituye el único modo eficaz que nuestra cultura ha encontrado, hasta el momento, capaz de darle verdadera vigencia a los principios políticos de publicidad, inmediación y personalización de la judicatura.

La Audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en un acta; además, es posible registrarla a través de algún medio técnico.

Toda petición o cuestión propuesta deberá ser argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas. Queda prohibida la lectura de los escritos presentados, salvo que la persona esté impedida

de hablar o no lo supiera hacer en el idioma castellano y no cuente con un intérprete. Las resoluciones también serán dictadas verbalmente y se entiende notificadas desde el momento de su pronunciamiento.

### PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Este principio es una garantía básica para el acusado (artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos), porque además que públicamente se puede conocer o presenciar el desarrollo de la audiencia, conocer a quien se juzga, el delito que se le imputa y todos los detalles, permite **controlar la imparcialidad y legalidad**, pues se recuerda a los magistrados que están bajo la atenta observación de la sociedad. El control de la comunidad permite incrementar la transparencia en la tarea de administrar justicia y poner límites a la corrupción.

BINDER desarrolla las finalidades de este principio:

- a) Prevención general, puesto que permite transmitir un mensaje a la sociedad respecto a la vigencia de los valores sociales que fundamentan la convivencia.
- b) Control del ejercicio del poder punitivo. Los jueces deben dictar sentencias de cara al pueblo, puesto que en él reside el poder originario.

En doctrina se hace referencia a una publicidad inmediata o activa, cuando el público asiste físicamente a la audiencia, lo que implica un juicio «de puertas abiertas»; y la publicidad mediata o pasiva,

cuando el conocimiento sobre el proceso llega al público a través de los medios de comunicación.

En el nuevo Código Procesal Penal se consagra este principio para todo el proceso, pero especialmente para la etapa de juzgamiento. Lo garantiza incluso en aquellos supuestos en los que el juzgamiento se realice en locales o sedes judiciales adyacentes o ubicadas en los establecimientos penales.

La publicidad es obligatoria cuando se trata de delitos sobre funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a derechos fundamentales; además, la sentencia siempre será pública, salvo cuando afecte el interés de menores de edad.

**La publicidad, como vemos, no es absoluta.** Pueden establecerse limitaciones totales o parciales, en el sentido de realizar la audiencia a puertas cerradas excluyendo al público o disponer el ingreso sólo de un número determinado de personas.

En el artículo 357° del nuevo Código Procesal Penal se realiza una enumeración taxativa de los supuestos en los que es posible restringir la publicidad, sustentado en la potencial afectación de otros intereses que son jurídicamente relevantes. Estos son:

- Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio.
- Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional.
- Cuando se afecte los intereses de la justicia.

- Cuando peligre algún secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación sea punible o cause perjuicio injustificado.
- Cuando se susciten manifestaciones por parte del público que perturben el regular desarrollo de la audiencia.

También cabe la imposición de restricciones a la publicidad como medidas disciplinarias, las mismas que deben imponerse con razonabilidad o proporcionalidad. Entre ellas se encuentran:

- Prohibir el acceso u ordenar la salida de determinadas personas cuando afecten el orden o decoro del juicio.
- Permitir el acceso de un número determinado de personas u ordenar su salida por las razones anteriormente indicadas o cuando se van a realizar pruebas específicas.
- Prohibir el acceso de cámaras fotográficas o de filmación, grabadoras o cualquier medio de reproducción mecánica o electrónica de imágenes, sonidos, voces o similares, siempre que su uso pueda perjudicar los intereses de la justicia, en especial del derecho de las partes.
- Imponer a los participantes en el juicio el deber de guardar secreto sobre los hechos que presencien o conocieren.
- Prohibir el ingreso de personas que portan armas de fuego u otros medios idóneos para agredir o perturbar el orden.

- Prohibir el ingreso de menores de edad y de personas que se encuentren en estado de ebriedad o intoxicación o sufran graves anomalías psíquicas.

### **PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN**

Es consecuencia del principio de oralidad. Se pone en relación al juzgador y al acusado, a aquél con el testigo o perito; en suma, este principio implica el contacto o proximidad del juzgador con las partes, testigos y peritos a fin de reconstruir los hechos que son materia de juzgamiento.

La inmediación impone la necesidad de que los magistrados sean los mismos desde el principio hasta el final del juicio oral.

MAIER enfatiza que la oralidad, y por ende su derivación que es la inmediación, trae como consecuencia la apreciación en conciencia de la prueba. Este principio genera ciertos efectos dentro del proceso:

- Coloca al juzgador en contacto directo con las pruebas y las partes.
- Permite captar aspectos y declaraciones imposibles de conseguir de otra manera. Obtiene así las pruebas de las fuentes originarias.
- Facilita el mutuo control entre el juez y las partes.
- Se asegura la comprensión; se evita la alteración o deformación de la realidad, lo que sucede cuando ésta llega al juzgador mediante la oralización de pruebas escritas.
- Permite que el juez aprecie las reacciones físicas de los declarantes, las cuales pueden estar motivadas por la culpabilidad, el arrepentimiento, la

indignación, o denotar peligrosidad o indiferencia.

Al servicio de la inmediación se encuentran también los principios de identidad del juzgador, concentración y continuidad en la audiencia.

### **PRINCIPIO DE IDENTIDAD JUDICIAL**

Los principios de oralidad e inmediación imponen la necesidad de que los sujetos de la relación procesal sean los mismos desde que la Audiencia se inicia hasta su conclusión, principalmente aquellos que tienen que tomar una decisión sobre el proceso penal. Por este principio es indefectible la concurrencia de los mismos magistrados.

Es fundamental la identidad del juzgador, pues al adquirir un conocimiento directo del caso es el llamado a dictar la sentencia.

Este principio tampoco es absoluto. Existen excepciones previstas en el artículo 359° del nuevo Código Procesal Penal:

- a) La ausencia de uno de los magistrados que forma parte del Juzgado Colegiado, cuando fuera prolongada o por algún impedimento, determina que éste sea reemplazado por otro Juez, sin suspenderse el juicio. El reemplazado por licencia, jubilación o goce de vacaciones puede participar de la deliberación y votación de la sentencia.
- b) Si el acusado ha prestado su declaración o se ha acogido al derecho del silencio, puede dejar de asistir a la Audiencia. En este caso, la audiencia continuará sin su presencia y será representado

- por su defensor. Si su presencia fuera necesaria, será conducido compulsivamente.
- c) Si se ausenta el abogado de la defensa injustificadamente, podrá disponerse la intervención de un abogado de oficio, dependiendo de que se trate de la ausencia en dos sesiones consecutivas o tres no consecutivas.
  - d) Si el Fiscal está ausente injustificadamente, será excluido del juicio, tomando en consideración la regla anterior prevista para los defensores, esto es, que se trate de la ausencia en dos sesiones consecutivas o tres no consecutivas.
  - e) Si no concurren a la Audiencia el actor civil o el tercero civilmente responsable, ésta proseguirá sin su presencia, aunque pueden ser emplazados para declarar. Si la incomparecencia es del actor civil, se tendrá por abandonada su constitución en parte.

### PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

Por este principio se pretende evitar las diligencias innecesarias en el desenvolvimiento del juicio oral.

**Se impone que los actos procesales se cumplan en el tiempo y número estrictamente necesarios** de acuerdo con las exigencias del caso concreto.

Por este principio, señala BINDER, se pretende que los medios de prueba se reúnan en una misma oportunidad y sean observados o escuchados sin interrupciones, lo que permite que adquieran mayor virtualidad probatoria y puedan ser controlados por los distintos sujetos procesales.

## PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El principio de contradicción implica las contraargumentaciones recíprocas, el derecho a fiscalizar lo que dice o hace la parte contraria en el debate oral.

En el nuevo Código Procesal Penal se expresa este principio en disposiciones concretas:

- a) La presencia obligatoria del Fiscal, del acusado y su defensor para la instalación de la Audiencia.
- b) El derecho a intervenir con plena igualdad en la actividad probatoria.
- c) La existencia de alegatos preliminares en los que se presentará la teoría del caso.
- d) El interrogatorio y conainterrogatorio que se puede efectuar a los órganos de prueba.
- e) La presentación de alegatos finales.

## PRINCIPIO DE UNIDAD Y CONTINUIDAD

**El juicio oral es un acto complejo y unitario** que se realiza sobre la base de sesiones. Está constituido por actos procesales consecutivos y ligados entre sí, de tal manera que el conjunto forma una unidad integral.

En el artículo 360° del nuevo Código Procesal Penal se establece que deberán realizarse las **sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión**. Lo ideal es que se agote la audiencia en un solo día.

### 3. DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

#### LA PREPARACIÓN DEL DEBATE

Es una fase que se encuentra en estrecha relación con la etapa intermedia, puesto que si esta última ha sido adecuadamente desarrollada, la preparación del debate será la nota final para el inicio del juzgamiento.

El Juzgamiento tendrá lugar en la Sala de Audiencias que designe el Juzgado Penal. BINDER sostiene sobre este punto: «Pocas veces se ha advertido -y menos aun se ha estudiado- la importancia del espacio en la administración de justicia penal. (...) La sala de Audiencia no es, pues, sólo un «espacio escenario», es, también, un «espacio-símbolo».

El Juez tendrá frente a él al acusado; a su derecha, al Fiscal y al abogado de la parte civil; y a su izquierda, al abogado defensor del acusado.

Los testigos y peritos ocuparán un ambiente contiguo a la Sala de Audiencias. El Auxiliar Jurisdiccional tomará las medidas necesarias para que los testigos no puedan dialogar entre sí. Los testigos y peritos sólo serán introducidos a la Sala de Audiencias a medida que sean llamados para ser examinados.

#### INSTALACIÓN DE LA AUDIENCIA

La audiencia sólo podrá instalarse con la presencia obligatoria del Juez Penal Unipersonal o Colegiado, del Fiscal, del acusado y del abogado defensor. El Juez verificará la correcta citación a las partes, así

como la efectiva concurrencia de los testigos y peritos emplazados. La inasistencia de las demás partes y de los órganos de prueba citados no impide la instalación de la audiencia.

Acto seguido el Juez enunciará el número del proceso, la finalidad específica del juicio, el nombre y los demás datos completos de identidad personal del acusado, su situación jurídica, el delito objeto de acusación y el nombre del agraviado.

### **ALEGATOS PRELIMINARES O DE APERTURA**

El alegato de apertura es una actividad fundamental para los sujetos procesales, pues constituye la oportunidad para presentar la teoría del caso ante el Tribunal.

A través de los alegatos preliminares, el Juez tomará por primera vez contacto con los hechos y antecedentes que fundamenten el caso de la parte. La única información que recibe el Juzgador acerca del juicio es el auto de enjuiciamiento proveniente del Juez de la Investigación Preparatoria, el cual sólo contiene información mínima acerca del caso y, sobre todo, respecto de la prueba que se producirá en el juicio.

Así, el alegato preliminar es la oportunidad para ofrecer el punto de vista para la apreciación de la prueba, el ángulo desde el cual se le debe valorar. La defensa y la acusación plantean una hipótesis sobre los hechos, la misma que debe estar sustentada en pruebas y fundamentos jurídicos.

Además, es importante porque permite organizar la información y el relato para los jueces y sirve de guía para la actuación probatoria en el juzgamiento.

Tal como lo señala BAYTELMAN y DUCE, si no se le ofrece al Tribunal este punto de vista y esta hoja de ruta para el caso y la prueba, una vez más se estará confiando en la fortuna de que se pueda obtener de la prueba todo lo que es posible obtener de ella, y nada más que eso; y por sobre todo, la fortuna de que el Juez se aproxime al juicio y a la prueba desde la «teoría del caso» de nuestra contraparte.

Como señalan estos mismos autores, la teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en el juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula la evidencia como es posible dentro de un todo coherente y creíble.

El Fiscal expondrá en su alegato preliminar resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas.

Los abogados, respectivamente, expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas.

El Código prevé el orden de exposición. Inicia el abogado de la parte civil, luego del tercero civil y, finalmente, el abogado del acusado que expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

## **INFORMACIÓN DE SUS DERECHOS AL ACUSADO**

El Juez informará al acusado de sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos.

Se consagran dos derechos esenciales:

- a) El derecho a ser oído en cualquier momento del juzgamiento.
- b) El derecho a comunicarse con su defensor, sin que por ello se paralice la Audiencia. No podrá ejercer este derecho durante su declaración o antes de responder las preguntas que se le formulen.

## **LA CONFORMIDAD CON LA ACUSACIÓN Y LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO**

El Juez preguntará al acusado si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Al respecto, se pueden dar varias alternativas:

- a) Que el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responda afirmativamente. En ese caso, el Juez declarará la conclusión del juicio.
- b) Que, antes de responder, el acusado solicite por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena, para cuyo efecto la audiencia se suspenderá por breve término.
- c) Que se acepten los hechos, pero se cuestione la pena o la reparación civil. En ese caso, el Juez establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena o a la reparación civil y deberá

determinar los medios de prueba que deberán actuarse.

- d) Si son varios acusados, pueden admitir los cargos sólo una parte de ellos. Entonces, con respecto a ellos, se declarará concluido el juicio, y continuará el proceso respecto a los no confesos.

De darse el primer o segundo supuesto, la sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

La sentencia de conformidad se dictará aceptando los términos del acuerdo. No vincula al Juez Penal la conformidad sobre el monto de la reparación civil, siempre que exista actor civil constituido en autos y hubiera observado expresamente la cuantía fijada por el Fiscal o haya sido objeto de conformidad. En este caso, el Juez Penal podrá fijar el monto que corresponde si su imposición resultare posible o, en todo caso, diferir su determinación con la sentencia que ponga fin al juicio.

Esta posibilidad de conclusión anticipada del juzgamiento por la conformidad con la acusación se basa en el principio de consenso, que ya se viene aplicando en nuestra normatividad procesal a través de los procedimientos de terminación anticipada, así como con la vigencia de esta institución procesal a partir de la sanción de la Ley N° 28122 en diciembre del 2003.

### **SOLICITUD DE NUEVA PRUEBA**

Si se dispone la continuación del juicio, las partes podrán ofrecer nuevos medios probatorios, los cuales deben haber sido conocidos con posterioridad a la audiencia de control de la acusación. Estamos en este caso ante la denominada “prueba superveniente”.

Por excepción, las partes podrán reiterar, con argumentación especial, el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control. Corresponde al Juez decidir en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes. La resolución es irrecurrible.

### **FASE DE ACTUACIÓN PROBATORIA**

A diferencia del sistema establecido en el juzgamiento del Modelo Mixto regulado en el Código de Procedimientos Penales de 1940, en el que la actividad probatoria se desarrollaba en un orden preestablecido por Ley, se consagra en el artículo 375° parágrafo 2) del nuevo Código Procesal Penal que el Juez Penal, luego de escuchar a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse la declaración del imputado y los medios de prueba que fueran admitidos.

### **INTERROGATORIO DIRECTO, CONTRAINTERROGATORIO Y OBJECIONES**

Una de las destrezas que se debe desarrollar para poder introducir información dentro del juzgamiento y que sea útil para apoyar la teoría o estrategia

del caso es el manejo del interrogatorio, el cual puede ser estudiado desde dos enfoques diferentes:

a) **El interrogatorio o examen directo.** Corresponde a la parte que ofreció el medio de prueba. Tiene como fin extraer del testigo la información necesaria para construir una versión o historia, razón por la cual se utilizan preguntas abiertas. Existen otros objetivos, tales como: solventar la credibilidad del testigo, acreditar afirmaciones de la teoría del caso, introducir prueba material en el juzgamiento y obtener información relevante para el análisis de otras pruebas.

Debe procurarse que el interrogatorio directo permita un relato completo y preciso de los hechos, de tal manera que el que efectúa el interrogatorio debe conducir al declarante para que señale aquello que sea conducente y útil en el proceso.

Las preguntas abiertas que se utilizan para este tipo de interrogatorio permiten al examinado responder con cierta libertad y espontaneidad. V. gr.: ¿Podría narrar lo que sucedió el día 15 de febrero del año en curso?, ¿cómo es que usted se enteró del problema existente entre la víctima y el presunto responsable de estos hechos?, etc.

También es posible el uso de preguntas cerradas con las que es posible obtener del testigo un dato preciso, es decir, invitan al examinado a dar una respuesta específica. V. gr.: ¿De qué color era el pantalón y polo que vestía el procesado el día de los hechos? Respuesta: el pantalón era negro y el polo blanco.

- b) El contrainterrogatorio.** Corresponde a la parte adversaria y tiene por finalidad desvirtuar la versión sostenida por el testigo o desacreditarlo. También tiene como objetivo acreditar las proposiciones fácticas de su teoría del caso y obtener contradicciones o inconsistencias en otras pruebas de la otra parte. En este tipo de examen es posible utilizar preguntas sugestivas que permiten dirigir la respuesta del examinado (contiene la respuesta), para evitar que eluda o evite dar una respuesta. V. gr.: Los bienes que usted posee, ¿le fueron transferidos por el procesado días antes de que se descubriera su participación en los delitos imputados?. Respuesta: Sí o no.
- c) Las objeciones.** Son instrumentos procesales que permiten cuestionar las preguntas efectuadas. Técnicamente son incidentes del juzgamiento que se plantean oralmente, inmediatamente después de formulada la pregunta y antes de comenzar la respuesta. Su sustentación debe ser breve. V. gr.: «Objeción por impertinente».
- Serán resueltas de inmediato por el Tribunal o puede abrirse el debate al respecto.

## EXAMEN DEL ACUSADO

El interrogatorio del acusado es libre y tiene como objeto aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil.

Se pueden considerar las siguientes características:

- El acusado puede rehusarse a declarar total o parcialmente, lo que no afecta el desarrollo de la Audiencia.
- Las preguntas deben ser directas, claras, pertinentes y útiles.
- Son inadmisibles las preguntas repetitivas, salvo aquellas dirigidas a obtener una respuesta aclaratoria, así como también las preguntas capciosas o destinadas a inducir a error al examinado, llamadas impertinentes o irrelevantes, porque están referidas a asuntos que no tienen relación con los hechos; y, finalmente, las sugestivas (salvo en el contrainterrogatorio). Existe otro tipo de intervenciones, no necesariamente preguntas, que no están contempladas en el nuevo Código Procesal Penal taxativamente pero que podrían ser rechazadas, tales como: preguntas por opiniones o conclusiones del testigo, preguntas que tergiversan la prueba sea cambiando la información que efectivamente se ha logrado o incluyendo información que no ha sido objeto de prueba, y las denominadas preguntas complejas o compuestas, que son las que contienen más de una pregunta, lo que puede generar confusión al momento de responder.
- El último en efectuar el interrogatorio será el abogado del acusado sometido a interrogatorio.
- Si fueran varios acusados, el examen se realizará individualmente de acuerdo con el orden establecido por el Juez, previa consulta con las partes. Se puede disponer el examen por separado, pero culminado el interrogatorio del último acu-

sado el Juez hará conocer oralmente los puntos más importantes de la declaración de cada uno de ellos.

### **EXAMEN DE TESTIGOS**

Ingresan dentro de este rubro los testigos propiamente dichos y también la víctima. Previa identificación del testigo se dispondrá a tomarle juramento o promesa de honor. Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba y luego de las restantes (el adversario realizara un contrainterrogatorio). Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí ni deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurriere en la Sala de Audiencia; para esto se habilitará una sala contigua donde permanecerán esperando brindar su declaración.

El control de las preguntas capciosas, sugestivas, impertinentes y complejas corresponde a las partes mediante el uso de las objeciones. El Juez debe procurar que no existan presiones y no se ofenda la dignidad de la persona que se encuentra siendo interrogada.

### **EXAMEN DE PERITOS**

Previa identificación del perito se dispondrá a tomarle juramento o promesa de honor. Luego se expondrá de manera sucinta el contenido y las conclusiones del dictamen pericial (si fuera necesario se podrá ordenar su lectura). Posteriormente se exhibirá y se les preguntará si corresponde al que han

emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación se les pedirá que expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

Los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. En caso sea necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará la lectura de los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes.

### EXHIBICIÓN DE PRUEBA MATERIAL

Los instrumentos o efectos del delito y los objetos o vestigios incautados o recogidos que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes.

La prueba material (evidencia física o tangible) se introduce a juicio una vez que es presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella. Para la admisión de este tipo de prueba se requiere su identificación que se satisface cuando el testigo observa alguna particularidad o seña del objeto (si es que éste es único) de lo contrario corresponde autenticar el objeto mediante **la cadena de custodia** (qué pasos se siguieron desde que el objeto fue recogido de la escena hasta su presentación en el juicio, de manera que quede establecido

que se trata del mismo objeto sin que haya sufrido hasta ese momento ninguna alteración).

## **ORALIZACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS**

Cualquier sujeto procesal podrá solicitar la oralización de un medio probatorio. Quien lo pida deberá indicar el folio o documento y sustentará de manera verbal cuál es la utilidad probatoria de oralizar tal medio probatorio. Si los documentos o informes fueren muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra.

La oralización se realizará en el siguiente orden: el fiscal, el abogado del actor civil, el abogado del tercero civil y el abogado del acusado.

Concluida la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las partes para que, si consideran necesario, expliquen, aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido.

Sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

- Las actas que contienen la prueba anticipada.
- La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones.
- Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas in-

dependientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.

- Las actas que contienen la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior.
- Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

Se debe tratar la lectura de piezas de modo excepcional, puesto que la actividad leída no garantiza la calidad de información que ingresa en el juzgamiento.

## **PRUEBAS DE OFICIO**

Excepcionalmente, el Juez, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes, situación que podría afectar su imparcialidad.

## TESIS DE DESVINCULACIÓN

Sobre la base del principio *iura novit curia*, la correlación entre la acusación y la sentencia en el aspecto jurídico es relativa, encontrándose autorizado el Juez de proponer la tesis de desvinculación (artículo 374°.1,) es decir, de observar la posibilidad de variar la calificación jurídica efectuada por el Fiscal. A diferencia del modelo anterior, en el cual bastaba dar un aviso previo a la defensa, por el principio de igualdad de armas esta propuesta debe llegar al Ministerio Público y al abogado defensor, quienes pueden coincidir y proponer la prueba necesaria. De no ser así, se continuará con el Juicio, pero tendremos a un Juez que ya tiene una posición establecida sobre la tipificación, situación que precisamente pone en tela de juicio su imparcialidad.

## FASE DE DEBATES O ALEGATOS FINALES

Sin duda alguna, los alegatos finales constituyen el ejercicio argumentativo de mayor importancia durante el juzgamiento, ya que permite a las partes sugerir conclusiones al juzgador acerca de la prueba actuada. Así, en esta fase se ensambla cada prueba presentada con la finalidad de hacer creíble la «teoría del caso» y probar la hipótesis, otorgándole unidad y coherencia al relato que cada una de las partes haya venido construyendo durante la Audiencia. Es necesario adoptar un trabajo mucho más prolijo en la argumentación que no supone únicamente realizar juicios de subsunción, cuidando una estructura válida desde la lógica formal, sino también fijar debidamente los alcances de las normas penales vía

la interpretación y la debida valoración de prueba directa e indirecta o indiciaria.

Durante el alegato final podrá leerse de manera parcial alguna nota para ayudar a la memoria, así como también se podrán emplear medios gráficos o audio visuales para una mejor ilustración del juzgador.

El Juez Penal concederá la palabra por un tiempo prudencial en atención a la naturaleza y complejidad de la causa. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto. En caso de manifiesto abuso de la palabra, el Juez Penal llamará la atención al orador y, si éste persistiere, podrá fijarle un tiempo límite, en el que indefectiblemente dará por concluido el alegato.

#### **ALEGATO DE CLAUSURA DEL FISCAL**

El Fiscal, luego de evaluar debidamente los cargos materia de acusación escrita formulados contra el acusado, tendrá las siguientes alternativas:

- **Sustentación de los cargos.** Si considera que los mismos han sido probados durante el juicio. En este supuesto indicará los hechos probados y las pruebas en que se fundan, su calificación jurídica, la responsabilidad penal y civil del acusado y, de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil. Concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita.
- **Corrección de errores materiales o inclusión de circunstancias que no modifiquen sustancialmente la imputación ni vulneren el derecho de**

**defensa.** Estas modificaciones no se consideran como una acusación complementaria.

- **Solicitar el aumento o disminución de la pena o de la reparación civil.** Si considera que del juicio han surgido nuevas razones para ello, deberá destacar dichas razones y pedirá la adecuación de la pena o reparación civil.
- **Retirar la acusación,** si considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio.

#### **ALEGATO DE CLAUSURA DEL ACTOR CIVIL**

El abogado del actor civil argumentará sobre el agravio que el hecho ha ocasionado a su patrocinado, demostrará el derecho a la reparación que tiene su defendido y destacará la cuantía en que estima el monto de la indemnización, así como pedirá la restitución del bien, si aún es posible, o el pago de su valor.

También podrá esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos en tanto sean relevantes para la imputación de la responsabilidad civil, así como el conjunto de circunstancias que influyan en su apreciación. Sin embargo, está prohibido de calificar el delito.

#### **ALEGATO DE CLAUSURA DEL TERCERO CIVIL**

El abogado del tercero civil podrá negar la existencia del hecho delictivo atribuido al acusado o refutar la existencia de la responsabilidad civil solidaria que le atribuye la acusación o el actor civil, o la

magnitud del daño causado y el monto de la indemnización solicitada. Para esto deberá referirse íntegramente al hecho objeto de imputación y, sin cuestionar el ámbito penal de la misma, resaltar la inexistencia de los criterios de imputación del derecho civil.

### **ALEGATO DE CLAUSURA DE LA DEFENSA DEL ACUSADO**

El abogado defensor del acusado analizará los argumentos de la imputación en cuanto a los elementos y circunstancias del delito, la responsabilidad penal y grado de participación que se atribuye a su patrocinado, la pena y la reparación civil solicitada y, si fuere el caso, las rebatirá.

Concluirá su alegato solicitando la absolución del acusado o la atenuación de la pena o, de ser el caso, cualquier otro pedido que favorezca a su patrocinado.

### **AUTODEFENSA DEL ACUSADO**

Se concederá la palabra al acusado para que exponga lo que estime conveniente a su defensa. La autodefensa del acusado no debe entenderse como un mero formalismo, sino, por el contrario, constituye un derecho del acusado, que está inmerso en el derecho de defensa, que no sólo comprende el derecho a la asistencia de letrado, sino también alcanza al derecho de defenderse personalmente. A esto se denomina **defensa material**.

Dicha defensa está limitada por el tiempo concedido por el Juez y, además, porque debe relacionarse con lo que es materia del juzgamiento. De no observarse tales límites, el Juez tiene la facultad de dar por terminada la exposición y disponer que se desaloje la Sala de Audiencias.

Culminada la autodefensa del acusado, el Juez Penal declarará cerrado el debate.

## FASE DECISORIA

### *La deliberación y votación*

La deliberación, señala BINDER, debe ser un proceso de discusión y de análisis y, por tal razón, los códigos suelen dar a los jueces indicaciones acerca de los pasos necesarios para profundizar ese análisis.

Como afirma el autor citado, la deliberación es la etapa de producción de la sentencia. Es importante que la deliberación sea exhaustiva y profunda y se oriente en dos sentidos:

- 1) La construcción de la norma aplicable al caso, que corresponde al análisis jurídico.
- 2) El análisis de la información reunida en relación a las distintas «teorías del caso» en juego, lo que corresponde a la valoración de la prueba.

El debate y votación debe comprender aspectos como las cuestiones incidentales cuya resolución fue diferida para ese momento, la existencia de determinados hechos o circunstancias, las cuestiones relativas a la responsabilidad del acusado, la calificación legal del hecho cometido, la individualización

de la pena aplicable al caso, la reparación civil y, cuando corresponda, lo referido a las costas del proceso.

La deliberación tiene las siguientes características esenciales:

**a) *Inmediata***

Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar durante un plazo que no podrá extenderse más allá de dos días, ni podrá suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del juez o de alguno de los jueces del Juzgado Colegiado. Transcurrido el plazo sin que se produzca el fallo, el juicio deberá repetirse ante otro Juzgado. Si el proceso es complejo, el plazo es el doble.

Esto no significa que él o los juzgadores no deban tomarse el tiempo necesario para deliberar, sino lo que se busca es la inmediación al momento de resolver, evitando que los elementos probatorios obtenidos durante la audiencia se deterioren o pierdan, debido a que, por el transcurrir del tiempo, la memoria del juzgador pueda fallar.

**b) *Las decisiones se adoptan por mayoría***

Cuando no sea posible obtener mayoría en cuanto a la pena o el monto de reparación civil, se aplicará el término medio, salvo para el caso de la imposición de la pena de cadena perpetua, en la que debe lograrse unanimidad.

**c) Imposibilidad de tomar en cuenta pruebas diferentes de las incorporadas en el proceso**

Debe existir congruencia entre la decisión y el material probatorio incorporado en el proceso. El Juez no se puede basar en prueba que no haya ingresado legítimamente en el proceso. De darse una situación de esa naturaleza, se estaría ante una causal de nulidad.

**d) Valoración conjunta y razonada de la prueba**

Expresamente se prevé en el nuevo Código Procesal Penal las pautas que el Juez Penal debe tomar en consideración para la valoración de la prueba. Así, establece el respeto a las reglas de la sana crítica, especialmente la observancia de los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos.

Se adopta un sistema de libre valoración de la prueba, que es apropiado para un sistema procesal acusatorio. Se deja en libertad al Juez para formar su raciocinio, pero a su vez, en un sistema de sana crítica, en virtud del cual el Juez debe explicar el modo como ha construido su convicción, puesto que no se puede olvidar que el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad está dado por la razonabilidad, que necesariamente se manifiesta en la motivación.

Al respecto, CAFFERATA NORES señala lo siguiente: «Claro que si bien el juez, en este sistema, no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. (...)

debe respetar los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común».

### **LECTURA DE SENTENCIA**

Concluida la deliberación, el Juzgado Unipersonal o Colegiado, según el caso, se constituirá nuevamente en la Sala de Audiencias, después de ser convocadas verbalmente las partes, y la sentencia será leída ante quienes comparezcan.

Si por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, se leerá tan sólo su parte dispositiva, quedando pendiente su lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan.

La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública. Las partes recibirán inmediatamente copia de ella.

### **4. SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN DEL JUICIO ORAL**

El principio que debe tomarse en consideración para el desarrollo de la Audiencia es la continuidad entre sesión y sesión. Es recomendable que se realice todo el debate en un solo día; sin embargo, de no ser posible, se efectuará en días consecutivos hasta su conclusión.

Existen dos situaciones que pueden romper la continuidad:

## LA SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA

El artículo 360° parágrafo 3) del nuevo Código Procesal Penal siguiendo la tradición marcada por el antiguo Código, establece que: «La suspensión del juicio oral no podrá exceder los ocho días hábiles».

Se entiende por días hábiles aquéllos en que válidamente pueden verificarse actuados judiciales, es decir, aquellos días laborales (lunes a viernes), pero no los feriados ni los días de suspensión del despacho judicial. V. gr.: Duelo Judicial.

La suspensión implica reanudar la audiencia en el punto en el que se paralizó, es decir, se prosigue una vez que se supera el impedimento que la causó.

De acuerdo con el artículo citado del nuevo Código Procesal Penal, en su parágrafo 2), se establecen como causales de suspensión las siguientes razones:

- Por razones de enfermedad del Juez, del Fiscal o del imputado o su defensor.
- Por razones de fuerza mayor o caso fortuito.
- Cuando el Código así lo disponga, como es el caso de la enfermedad del testigo o perito, cuyo examen se considera de trascendental importancia.

## INTERRUPCIÓN DE LA AUDIENCIA

Se produce cuando la suspensión de la audiencia se prolonga más allá de los ocho días hábiles. La interrupción implica que se deje sin efecto o pierda eficacia lo actuado y se tenga que iniciar nuevamente el juzgamiento.

## CAPÍTULO XVI

### SENTENCIA PENAL

#### 1. ETIMOLOGÍA

La voz sentencia proviene del término latino *sententia*, de *sentiena*, *sententis*, que es participio activo de *sentire*, palabra que en español significa: sentir. Así, «el juez declara lo que siente según lo que resulte del proceso».

#### 2. DEFINICIÓN

La sentencia es la decisión final que legítimamente dicta un juez o tribunal. Es el medio ordinario de dar término a la pretensión punitiva y su consecuencia legal es la cosa juzgada. BINDER afirma que es el acto que materializa la decisión del tribunal, es un acto formal que tiene como misión establecer la solución para el caso que motivó el proceso.

La sentencia es el acto procesal más importante pues es la expresión de convicción sobre el caso concreto. En ella se declara si existe o no un hecho típico y punible, se atribuye además la responsabilidad a una o varias personas, y se les impone la

pena o medida de seguridad que corresponda según el caso.

### 3. ESTRUCTURA

La sentencia consta de tres partes:

- **Parte expositiva o declarativa**

En esta parte se relatan los hechos que fueron materia de investigación y juzgamiento. Además se detalla el desarrollo del proceso en sus etapas más importantes.

- **Parte considerativa o motivación**

Es una argumentación compleja, basada en los hechos probados y en los conocimientos jurídicos de orden positivo y doctrinario.

La motivación de la sentencia constituye una exposición unitaria y sistemática de las apreciaciones y valoraciones realizadas por el juzgador y que justifican el fallo. La motivación de la sentencia es un principio legal y una garantía para el condenado y la sociedad. Mediante ella se elimina toda sospecha de arbitrariedad, parcialidad e injusticia.

- **Parte resolutive o fallo**

Es la parte final de la sentencia y es la materialización de la potestad jurisdiccional. Debe mencionarse en forma expresa y clara la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos atribuidos. Contendrá, además, una decisión sobre la condena de costas cuando corresponda, así como de medidas sobre los objetos o efectos del delito.

El pronunciamiento contenido en la sentencia tiene como efecto vincular al Juez con lo que decide, de manera que el resultado de la deliberación esté expresado en la sentencia y ésta, una vez firmada y publicada, no pueda ser alterada salvo errores materiales en que pudiera incurrir.

#### 4. LECTURA DE SENTENCIA

Después de efectuada la deliberación y votación de los jueces, y llegado el momento de expedir la sentencia, se deben constituir nuevamente a la Sala de Audiencias, habiendo convocando a las partes, a fin de efectuar la lectura de la sentencia ante quienes comparezcan.

Es posible que en determinados casos, por su complejidad o lo avanzado de la hora, sólo se dé lectura a la parte dispositiva. Uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron su decisión, y anunciará después el día y la hora para su lectura integral, la que deberá llevarse a cabo en un plazo máximo de ocho días posteriores a su pronunciamiento.

La lectura integral de la sentencia tiene el efecto de notificación para las partes que estén presentes, a quienes se entregará una copia de la misma.

Uno de los problemas que ha generado controversia en la implementación del nuevo sistema procesal consiste en la exigencia de transcribir íntegramente la sentencia en un acta, pese a que existe un registro en audio o video, y las ventajas que ofrece la tecnología en cuanto a un registro más fidedigno, ahorro

de tiempo y de dinero, (Casación N° 61-2009, La Libertad). Nuestra posición es por la oralidad con un registro adecuado y que brinde seguridad, pero ello implica tener los recursos suficientes.

## **5. CLASIFICACIÓN**

Por el fallo, la sentencia penal puede ser:

### **5.1. SENTENCIA CONDENATORIA**

Cuando el Juez llega a la certeza sobre la comisión del delito y la responsabilidad del autor, entonces se impone la pena prevista que puede ser efectiva o suspendida.

De acuerdo con los artículos 394° y 399° del nuevo Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria debe contener los siguientes requisitos:

- La mención del Juzgado Penal.
- El lugar y fecha de su dictado.
- El nombre de los jueces y las partes, precisando los datos personales del acusado.
- La exposición de los hechos que fueron materia de juzgamiento.
- Las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio y la pretensión de la defensa del acusado.
- La motivación clara y lógica de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta, indicando el razonamiento que la justifica.

- Los fundamentos de derecho con precisión de las razones legales, doctrinales o jurisprudenciales que sirven para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias.
- La parte resolutive, en la que deberá fijarse con precisión las penas o medidas de seguridad que correspondan, o la alternativa a la pena privativa de libertad y las obligaciones que se imponen al condenado.
- Se deberá fijar provisionalmente la fecha en que la condena finaliza, descontando los períodos de detención o prisión preventiva cumplidos por el condenado.
- Si se impuso la pena de multa, deberá indicarse el plazo dentro del cual deberá efectuarse su pago.
- Se indicará la reparación civil, las consecuencias accesorias del delito, las costas y la entrega de objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho de poseerlos.

No será posible la variación a una pena más grave de la requerida por el Fiscal, salvo que se hubiera solicitado una pena por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La sentencia condenatoria en su extremo penal se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos.

Si el condenado estuviere en libertad y se impusiera una pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal,

según la naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, puede optar por su inmediata ejecución o disponer algunas restricciones mientras se resuelve el recurso.

Las sentencias condenatorias se inscriben en el Registro de Condenas del Poder Judicial, y su inscripción caduca dentro del plazo de cinco años cuando se trata de pena privativa de libertad, considerando la modificación realizada en el artículo 69° del Código Penal por la Ley N° 29407. En los demás casos bastará con haber cumplido la pena o medida de seguridad impuesta para la rehabilitación definitiva.

## **5.2. SENTENCIA ABSOLUTORIA**

Es aquella que libera de la acusación fiscal, es decir, libera de la imputación que motivó el proceso. Se presenta en los siguientes casos:

- Por inexistencia del delito imputado.
- Cuando se prueba que el hecho no tiene carácter delictivo.
- Cuando se establece que el imputado no es el autor del delito.
- Cuando el acusado se encuentra comprendido en alguna causal probada que lo exime de responsabilidad.
- Cuando las pruebas actuadas en el proceso no son suficientes para demostrar la culpabilidad del procesado.
- Cuando subsiste una duda sobre la responsabilidad.

La sentencia absolutoria debe observar los requisitos previstos en los artículos 394° y 398° del nuevo Código Procesal Penal. En este último dispositivo se establece que deberá disponerse la libertad del acusado, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias, la anulación de los antecedentes judiciales y policiales que generó el proceso y, de ser el caso, la condena de costas.

Estas consecuencias se darán aun cuando la sentencia no esté firme. De igual modo, se suspenderán las órdenes de captura impartidas en su contra.



## CAPITULO XVII

### MEDIOS IMPUGNATORIOS

#### 1. GENERALIDADES

##### 1.1. DEFINICIÓN

Entre las garantías de la Administración de Justicia Penal se encuentra el derecho de impugnación o de recurrir, entendido comúnmente como el derecho a refutar, a contradecir y a atacar. Desde esa perspectiva, afirma BINDER, la impugnación está ligada a la seguridad jurídica y es vista como un instrumento para evitar errores judiciales en el caso concreto.

La impugnación es una fase más de la relación procesal. Es una etapa del proceso penal ya iniciado y que con la resolución impugnada ha concluido en su totalidad o en una etapa de su desarrollo.

Los medios impugnatorios son instrumentos o medios legales con los que cuentan los sujetos procesales (Ministerio Público, parte civil, imputado) para atacar o refutar decisiones judiciales.

## 1.2. FUNDAMENTO

La impugnación es un derecho procesal en tanto surge del proceso y se hace valer dentro de él. Se funda en la necesidad de ponerse a salvo del riesgo de la falibilidad humana del Juez, riesgo que puede materializarse en una resolución judicial que contiene errores o vicios de hechos o de derecho. Estos vicios o errores implican en suma una resolución injusta en sentido objetivo o subjetivo.

La impugnación puede formularse por motivo de errores *in procedendo* o *in iudicando*, según se trate de la violación de normas procesales o de normas sustantivas.

Los errores *in iudicando* pueden ser de dos tipos: por *error iuris*, errónea apreciación de la norma sustantiva, o por *error factis*, cuando se produce una declaración de certeza basada en una errónea apreciación de los hechos.

BINDER sostiene que los medios impugnatorios deben ser analizados desde dos perspectivas:

- El derecho de impugnación ligado al valor de la seguridad jurídica y como medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto.
- Desde la perspectiva de la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas, que cumplan su función pacificadora y que el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo.

### 1.3. CARACTERÍSTICAS

- Constituyen un derecho atribuido a las partes en un proceso y en algunos casos a quienes no lo son, pero que resultan afectados por la decisión judicial. En abstracto, el titular de la impugnación es la parte; en concreto, es la parte cuyo interés resulta lesionado por el sentido de la resolución.
- En el modelo inquisitivo, como bien señala MAIER, se concebían como instancias de control burocrático, más que como garantías de seguridad. Desde esa perspectiva era posible aceptar recursos de nulidad o recursos de apelación de oficio. Como bien señala PASTOR, el nacimiento o no de la instancia es competencia exclusiva de la voluntad de las partes.
- Se presentan cuando existe una desventaja procesal, es decir, un agravio en el proceso. El agravio puede ser producido por una resolución que contiene una declaración sobre el fondo (sentencia) o sobre la forma. En el artículo 405° parágrafo 1) del nuevo Código Procesal Penal se recoge esta característica, cuando se prevé que carece de legitimidad para recurrir aquella parte que haya visto satisfecha su pretensión.
- **El agravio es el límite del derecho a recurrir.** Como señala BINDER, si el sujeto que quiere recurrir no ha sufrido ningún agravio, no se le reconoce el derecho, puesto que no se trata de un simple mecanismo al alcance de cualquiera

que quiera utilizarlo, sino que existe para dar satisfacción a un interés real y legítimo.

- Tienen a remover la decisión impugnada por medio de una nueva decisión.
- Son eventuales, puesto que la instancia de revisión o de reexamen no es una etapa necesaria del procedimiento. PASTOR sostiene que esta fase impugnatoria es considerada como el reducto del principio dispositivo del proceso penal, puesto que el Tribunal del recurso sólo interviene frente al reclamo expreso de las partes.

#### 1.4. FINES

Según CLARIÁ OLMEDO, los medios impugnatorios tienen dos fines:

- **Fin inmediato:** El medio impugnatorio va a permitir un nuevo examen de la cuestión resuelta o el análisis del trámite para resolverla.
- **Fin mediato:** El medio impugnatorio procura obtener la revocación, modificación, sustitución o eliminación del procedimiento o de la resolución impugnada, en cuya virtud la pretensión puede ser en definitiva acogida o rechazada.

#### 1.5. ELEMENTOS

- **Los objetos impugnables.** Son los actos procesales que contienen decisiones judiciales susceptibles de ser revocadas, modificadas, sustituidas o anuladas. Ellos pueden o no es-

tar contenidos en resoluciones (decretos, autos y sentencias).

- **Los sujetos impugnantes.** Son aquéllos a quienes asiste el derecho de impugnar. Sólo puede recurrir el sujeto procesal (inculpado, parte civil, Ministerio Público, tercero civilmente responsable) o tercero que tenga interés directo y que sea perjudicado por determinada decisión judicial.

De acuerdo con el artículo 404° del nuevo Código Procesal Penal, tienen derecho a la impugnación los diversos sujetos procesales, sin efectuar ningún distingo al respecto, aunque se reconoce una legitimidad amplia para impugnar al imputado y al Ministerio Público, que pueden indistintamente cuestionar el objeto penal o civil de la resolución; en cambio, se establece para la parte civil una legitimidad restringida al objeto civil de la resolución.

**El Ministerio Público tiene incluso el poder de recurrir a favor del imputado** (artículo 405° párrafo 1.a). Como sostiene DOIG DÍAZ, esta atribución responde a la condición del Fiscal de defensor de la legalidad y su obligación de actuar con objetividad. Esta facultad tiene un carácter excepcional y resulta subsidiaria, única y exclusivamente cuando el imputado carece de asistencia jurídica necesaria.

El artículo 409° párrafo 3) establece que ante la impugnación del Ministerio Público se

puede revocar o modificar la resolución aun a favor del imputado.

BINDER sostiene que la facultad de recurrir debe ser amplia, tanto en lo que respecta a las personas a quienes se les reconoce esta facultad como a los actos que pueden ser recurridos.

## 1.6. RENUNCIA Y DESISTIMIENTO

Puede renunciarse a la impugnación, así como también es posible desistirse de la ya interpuesta.

Se renuncia a la impugnación cuando las personas del proceso se conforman con la resolución judicial. LEONE califica a la renuncia como la «preventiva», es decir, producida antes de su ejercicio.

El desistimiento se presenta, en cambio, cuando la impugnación ya fue planteada y en este caso, la parte que desea desistirse debe presentar su pedido antes de que se hubiera expedido la resolución sobre el grado, el mismo que debe ser fundamentado (artículo 406° parágrafo 1) del nuevo Código Procesal Penal). Cuando el defensor impugna a favor de su patrocinado, éste –si no está conforme– puede desistirse, pero en este caso requiere autorización expresa del defensor (parágrafo 3) del artículo 404°).

La renuncia y el desistimiento pueden ser parciales o totales, en el sentido de referirse a parte de la resolución o comprender a toda ella.

El defensor no puede desistirse de los recursos interpuestos por él sin mandato expreso de su patrocinado, y el desistimiento no perjudicará a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas.

## 2. LOS RECURSOS

### 2.1. ETIMOLOGÍA

Proviene de la voz latina *recursos* que significa gramaticalmente en su traducción: «Vuelta o retroceso de una cosa al lugar de donde salió».

### 2.2. DEFINICIÓN

Los recursos son medios impugnatorios dirigidos contra actos procesales contenidos en resoluciones judiciales (decretos, autos o sentencias).

Son instrumentos de los que se valen los sujetos procesales para impugnar una resolución que les ocasiona un agravio, al contener un error en el juicio o un error formal.

Se busca a través de los recursos que esas resoluciones desfavorables e injustas sean revocadas, modificadas o anuladas por el mismo juez *ad quo* o por el juez *ad quem*.

MAIER sostiene que los recursos constituyen una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior.

CAFFERATA NORES por su parte define a los recursos como vías procesales que se otorgan al

imputado, al acusador (Ministerio Público o que-  
rellante) y las partes civiles, para intentar la co-  
rrección de las decisiones jurisdiccionales que  
por ser de algún modo contrarias al derecho  
(constitucional, sustantivo o procesal que tam-  
bién estatuyen sobre cuestiones fácticas y proba-  
torias) ocasionan perjuicios a los intereses que  
encarnan o representan. Procuran la revisión por  
parte de un órgano jurisdiccional distinto del que  
las dictó (del superior en jerarquía orgánica), las  
resoluciones que se denuncian como erradas (vi-  
ciadas por equivocadas).

### 2.3. EFECTOS

La interposición de un recurso tiene diversas  
consecuencias:

- **Efecto devolutivo.** La resolución impugnada  
va a ser resuelta por el órgano jurisdiccional  
superior. Mediante este efecto el órgano ad  
quo (que dictó la resolución) se desprende de  
su competencia y la entrega al órgano *ad quem*  
(órgano superior). El único recurso no devolu-  
tivo es el de reposición, pues lo resuelve el  
mismo juez que emitió la resolución impug-  
nada.
- **Efecto suspensivo.** El recurso suspende o pa-  
raliza la ejecución de la resolución impugnada  
hasta que sea resuelto por la instancia supe-  
rior.
- **Efecto extensivo.** Cuando existen varios im-  
putados, la presentación del recurso por uno  
de ellos favorece a los demás.

Al respecto, PASTOR señala que también se le conoce como efecto comunicante y se trata de una excepción al principio de personalidad en la impugnación. Por su parte, CAFFERATA NORES sostiene que por este efecto se acoge favorablemente a la impugnación interpuesta por el imputado que no recurrió, salvo que se sustente en razones personales.

El artículo 408° del nuevo Código Procesal Penal prevé este efecto y fija las siguientes condiciones:

- a) Que exista en un procedimiento una pluralidad de imputados.
  - b) Los alcances de la impugnación se extenderán a los que no impugnaron (otros imputados o el tercero civil) cuando fuera favorable.
  - c) La impugnación no debe haberse sustentado en motivos personales.
- **Efecto diferido.** Permite postergar la resolución del recurso a un momento posterior previsto expresamente por la Ley o según la decisión judicial.

En el artículo 410° del nuevo Código Procesal Penal se admite la posibilidad de conceder un recurso con efecto diferido, en los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte un auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros.

## 2.4. CLASIFICACIÓN

En doctrina se encuentran las siguientes clasificaciones de medios impugnatorios:

- **Devolutivos y no devolutivos.** Según el conocimiento de la causa se transfiera o no al superior inmediato.
- **Ordinarios y extraordinarios.** Según se exijan o no motivos o causas tasadas o expresamente reguladas por la norma procesal para su interposición.
- **Suspensivos y no suspensivos.** En el caso de los primeros, se suspende la ejecución de la decisión judicial y en los otros, la decisión judicial siempre se ejecuta.

## 2.5. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

En el artículo 405° del nuevo Código Procesal Penal se regulan requisitos para la admisión de los recursos, los mismos que deberán ser observados por el juez ante quien se interpuso el recurso, que se pronunciará sobre su admisión y, luego de notificar a las partes, elevará los actuados al órgano revisor competente. El Juez que conocerá el recurso volverá a observar estos requisitos, y puede, incluso de oficio, declarar la nulidad del concesorio. De esta manera, el control sobre la admisibilidad del recurso no se encuentra en manos únicamente del *a quo*, sino también del *ad quem*, ya que se trata, como señala DOIG DÍAZ, de un asunto de orden público y de carácter imperativo.

Los requisitos de admisibilidad son los siguientes:

- a) Debe ser presentado por quien resulte afectado por la resolución, tenga interés directo o se encuentre facultado para ello.
- b) Su interposición es por escrito y en el plazo previsto por la Ley; pero también puede interponerse verbalmente, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de una Audiencia. Si se tratara de resoluciones finales, deberá formalizarse el recurso por escrito en el plazo de cinco días.
- c) Se deben precisar los puntos de la decisión que se cuestionan o impugnan.
- d) Debe estar debidamente fundamentado, debe haber una pretensión concreta.

### **3. RECURSOS PREVISTOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

El nuevo Código Procesal Penal tiene en este tema una mejor sistematización y técnica legislativa. Hay un capítulo dedicado a las disposiciones generales aplicables a todos los medios impugnatorios y luego se avoca a cada uno de ellos en particular: recurso de reposición, recurso de apelación, recurso de casación y recurso de queja.

#### **3.1. RECURSO DE REPOSICIÓN**

Es un medio impugnatorio ordinario que también recibe los nombres de revocatoria, súplica, reforma y reconsideración. No estuvo legislado en el Código de Procedimientos Penales.

Este recurso procede contra decretos y se reclama su revocatoria o modificación ante la misma instancia que los dictó.

El nuevo Código Procesal Penal establece que el plazo para interponerlo es de dos días de conocido o notificado el decreto.

En el parágrafo 2) del artículo 415° del nuevo Código Procesal Penal se prevé el trámite del recurso, estableciéndose lo siguiente:

- a) De manera general, el recurso se interpone por escrito. En este supuesto, si el Juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo resolverá con su contestación o sin ella.
- b) Si la resolución impugnada fue expedida en una audiencia, el recurso debe ser interpuesto verbalmente y se resuelve de inmediato.

El recurso de reposición se resuelve mediante un auto, que es inimpugnable.

### **3.2. RECURSO DE APELACIÓN**

Se puede decir que es el medio impugnatorio tradicional y más conocido. Este recurso tiene por objeto la revisión de una resolución por el superior jerárquico, a fin de que la deje sin efecto o la sustituya por otra que sea acorde con la ley. Determina un nuevo estudio del problema que plantea la resolución y a través de él se busca remediar un error judicial.

Entre sus características esenciales se encuentran las siguientes:

- **Es un recurso ordinario.** GIMENO SENDRA señala que la catalogación ordinaria del recurso de apelación, como ya es conocido, determina que, a la hora de fundamentar las partes sus respectivos escritos de interposición del recurso, o sus intervenciones en la vista oral, en defensa de sus respectivas pretensiones, pueden esgrimir cualquier motivo de oposición, tanto de índole formal como de naturaleza material, tanto relativos a vicios *in iudicando* como los que se refieren a defectos *in procedendo*.

Este mismo autor afirma que el carácter ordinario del recurso de apelación sitúa al órgano judicial *ad quem* en la misma situación en la que se encontraba el a quo a la hora de resolver la primera instancia, es decir, con las mismas facultades para aplicar el derecho, determinar los hechos y valorar la prueba.

- El superior jerárquico que conoce de la resolución impugnada debe mantenerse dentro de los aspectos impugnados y pronunciarse sólo sobre la situación del recurrente. Sostiene PASTOR: «El tribunal del recurso tiene una competencia funcional limitada, en virtud del **carácter devolutivo** (*tantum devolutum quantum appellatum*)». Esta limitación es una garantía de envergadura contra toda sospecha de parcialidad, ya que, más allá de hipótesis de solución del caso que el Tribunal pueda formarse por iniciativa propia, únicamente podrá

resolver la contienda dentro de los límites impuestos por la materia recurrida.

Esta situación, señala MAIER, está reforzada por la idea de cosa juzgada parcial: la sentencia recurrida queda firme en todo aquello que no fue materia del agravio expuesto en el recurso.

GIMENO SENDRA, en ese mismo sentido, afirma que el efecto devolutivo es consustancial al recurso de apelación, puesto que el órgano judicial funcionalmente competente para conocer en segunda instancia no podrá extender su enjuiciamiento en aquellas parcelas de la decisión recaída en primera instancia que las partes no hayan impugnado (no hayan devuelto) expresamente, las cuales deben reputarse por esta causa, firmes y consentidas.

- Es posible que extienda su conocimiento a sujetos procesales no recurrentes, cuando se encuentren en la misma situación del apelante. Por ello se dice que la apelación tiene un **efecto extensivo**. V. gr.: Si se apela un auto que declara infundada la prescripción. Es claro que el resultado de la apelación en este caso afectará a todos los procesados que se encuentren en igual situación, por cuanto el delito ha desaparecido y el proceso penal carece de base legal.
- Cuando se interpone el recurso de apelación, también el superior jerárquico puede anular actos procesales que adolecen de vicios insub-

sanables, pues la apelación **contiene intrínsecamente la nulidad**.

- **Está prohibida la «*reformatio in peius*»**, es decir, el recurso de apelación no puede afectar o perjudicar al impugnante, tratándose del sentenciado. Al respecto, CAFFERATA NORES afirma: «Su fundamento reposa en la necesidad de garantizar al imputado la libertad de recurrir (o quizás sea más gráfico hablar de su «tranquilidad» para recurrir), que solo existirá cuando sepa que el recurso que intenta nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia recurrida».

Existen dos modelos diferentes o sistemas en cuanto al recurso de apelación, según el grado de autonomía o vinculación entre el objeto procesal de la apelación y la decisión adoptada al respecto, con el objeto anteriormente enjuiciado y la resolución de primera instancia:

### **1. Apelación plena (*volle berufing*)**

Se caracteriza por concebir a la segunda instancia como un nuevo proceso «*novum iudicium*». Se pretende lograr una decisión que recaiga sobre la totalidad del material probatorio aportado y debatido en la primera instancia, y también sobre los hechos y pruebas recién incorporadas con posterioridad a su finalización. Por ello ROSENBERG-SCHAWAB, citado por GIMENO SENDRA, afirma: «El nuevo debate de la instancia de apelación se

presenta como la continuación de la primera instancia».

CHIOVENDA, también citado por GIMENO SENDRA, sostiene que este sistema otorga, en lugar del derecho de revisión de la primera instancia, el derecho a obtener un nuevo pronunciamiento de fondo, debido a que el Juez de apelación se encuentra frente a la demanda de impugnación investido de las mismas facultades que el Juez de primer grado, y con los mismos poderes tanto para la decisión como para la formación del material de cognición.

Otra característica esencial es que el Tribunal Superior **tiene amplitud para introducir y valorar nuevo material probatorio**. Se admite el «*ius novarum*» que comprende:

- a) «*nova producta*»: Elementos de prueba referidos a hechos acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en primera instancia.
- b) «*nova reperta*»: Se trata de material probatorio anterior a ese momento, pero que no puede utilizarse por tomar la parte conocimiento con posterioridad.
- c) «*nova allegata*»: Materiales que no fueron utilizados voluntariamente en el primer proceso.

De ninguna manera se autoriza, en este sistema de apelación, la introducción de nuevos hechos admitidos o de nuevas pretensiones no

esgrimidas en primera instancia. Como afirma PIETRO CASTRO, este sistema garantiza la verdad.

Este sistema es criticado, puesto que se considera que **devalúa la función que cumple la primera instancia**. KLEIN, citado por GIMENO SENDRA, sostiene que este sistema permitiría catalogar a la primera instancia como una etapa de tanteo y de experimentación, donde se utilizan armas de menor alcance reservando las más eficaces para la segunda instancia.

A ello, debe añadirse **las dilaciones propiciadas por un nuevo enjuiciamiento completo del objeto procesal**, lo que podría salvarse si la apertura de prueba fuera excepcional o limitada, justamente tomando en consideración el principio de preclusión.

## 2. Apelación limitada (*beschränkte berufung*)

La actividad del órgano *ad quem* **es de control y no de creación**, por ello no se contempla la posibilidad de actuar pruebas en el trámite del recurso de apelación, salvo la prueba instrumental.

Se afirma que la segunda instancia debe encargarse de la revisión del primer proceso. El superior se limita a ejercer el control sobre el inferior, que recae no en el examen de toda la causa, sino sólo la revisión de la sentencia.

Debe mantenerse el material probatorio obtenido en primera instancia. Como señala GIMENO SENDRA, no se consiente que las partes deduzcan nuevas excepciones o nuevos medios de ataque o defensa, ni hechos ni pruebas que no hubieran sido deducidas en primera instancia. Por ello opera un sistema rígido de preclusión.

Se sostiene que este sistema es el que ofrece mayores garantías de la justicia de la decisión, puesto que en el sistema pleno, el *ad quem* encuentra mayores elementos de juicio de los que estaban a disposición de *a quo*, lo que supone que el enjuiciamiento completo sobre el objeto procesal sea el emitido por la segunda instancia. Por el contrario, en el modelo limitado se garantiza la completa conformación del objeto procesal en la primera instancia asegurando las probabilidades de acierto del *ad quem*, que no sólo cuenta con las pretensiones de las partes hechas valer en la apelación, sino también con el contenido de la sentencia apelada.

Por su parte, PIETRO CASTRO, criticando este sistema afirma que **no garantiza en todos los casos una resolución que esté de acuerdo con la verdadera situación de los hechos** y con las valoraciones jurídicas que presentan al momento de dictar su sentencia el tribunal de apelación.

**El Juez tiene un monopolio sobre la determinación definitiva de los hechos**, lo que

impide que cualquier error en ese aspecto pueda ser revisado. Este modelo atentaría contra el derecho a la doble instancia, puesto que de darse una impugnación en ese extremo se convertiría en un mecanismo inútil.

BINDER, opinando sobre este modelo, sostiene: «La clave fundamental para juzgar el recurso de apelación, por lo menos en la aplicación a que nos tienen habituados nuestros sistemas procesales corrientes, es la falta de intermediación. El Juez revisor pierde todo contacto con los sujetos procesales y con la prueba: analiza los escritos, los registros y, sobre la base de la lectura, dicta un nuevo fallo. Este es, precisamente, el principal defecto del recurso de apelación, que, si bien resulta discutible, surge de su propia naturaleza o de la función que ciertamente cumple en los sistemas escritos. De este modo, la calidad del fallo, en términos generales, empeora en lugar de mejorar, porque es el resultado del conocimiento más alejado de la vida real del caso».

Este es el sistema de apelación adoptado por el Código de Procedimientos Penales de 1940, de tal manera que la carencia de intermediación en segunda instancia es el fundamento de la prohibición constitucional de condenar a un absuelto.

En el artículo 419° del nuevo Código Procesal Penal se perfilan las características del sistema de apelación pleno o ilimitado. Puesto que la Sala Superior debe examinar la resolución re-

currida tanto en la declaración de hechos como en la aplicación de derecho, es posible que el *ad quem* anule o revoque, total o parcialmente, la resolución impugnada; pero tratándose de sentencias absolutorias puede dictar una sentencia condenatoria, lo que exige necesariamente la presencia de nuevo material probatorio que tendrá que lograrse en segunda instancia.

Esta última posibilidad no es ilimitada. Al contrario, el artículo 422° regula la actividad probatoria en segunda instancia, restringiendo la actuación de los medios de prueba cuando se impugne el **juicio de culpabilidad o de inocencia**.

Son admisibles los siguientes medios de prueba:

- a) Los que no se pudieron proponer en primera instancia por el desconocimiento de su existencia.
- b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que se hubiera formulado la reserva en forma oportuna.
- c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables al impugnante.

El artículo 416° del nuevo Código Procesal Penal establece contra qué resoluciones procede el recurso de apelación:

- a) Las sentencias.
- b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones pre-

judiciales y excepciones o declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.

- c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena.
- d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre la aplicación de las medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.
- e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

Para la interposición del recurso de apelación deben observarse los siguientes requisitos:

- a) Precisar las partes o puntos de la decisión a la que se refiere la impugnación.
- b) Fundamentos de hecho.
- c) Fundamentos de derecho.
- d) Pretensión concreta.

El nuevo Código Procesal Penal establece una tramitación diferente, tratándose de autos y sentencias.

#### **EN CASO DE AUTOS:**

Se establece que una vez recibidos los autos, la Sala Penal conferirá el traslado del escrito de fundamentación del recurso al Ministerio Público y los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal estima inadmi-

ble el recurso, lo rechazará de plano (contra dicha resolución procede el recurso de reposición); en caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, señalándose para tal efecto fecha y hora.

Antes de la notificación del decreto que establece la fecha y hora de la Audiencia de Apelación, los sujetos procesales podrán presentar prueba documental o solicitar que se agreguen a los autos actos de investigación que se hubieran actuado con posterioridad a la interposición del recurso. Excepcionalmente, la Sala Penal podrá solicitar otras copias o actuaciones originales sin que ello paralice el procedimiento.

En la Audiencia de apelación, se oirá al abogado del recurrente, a los demás abogados de las partes asistentes y, luego, al acusado.

La Sala deberá resolver el recurso en el plazo de **veinte días**.

#### **EN CASO DE SENTENCIAS:**

Se concede esta apelación con efecto suspensivo, puesto que impide que la resolución pueda ser ejecutada mientras que el recurso no haya sido definitivamente resuelto. Salvo que fuera una sentencia condenatoria con pena privativa de libertad efectiva, este extremo puede ser ejecutado provisionalmente, sin perjuicio de que en el trámite del recurso se suspenda la ejecución provisional. Si se trata de una sentencia absolutoria, la apelación será sin efecto suspensivo.

Recibidos los autos por la Sala Penal, se conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días. Cumplida la absolución o vencido el plazo para hacerlo, la Sala Penal puede declarar inadmisibles el recurso rechazándolo de plano (este auto puede ser objeto del recurso de reposición). En caso de admitir el recurso, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios de prueba en el plazo de cinco días.

Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto, se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes para la Audiencia de Apelación. Es posible que en este momento se puedan producir las siguientes situaciones:

- a) Se declare inadmisibles el recurso interpuesto por el acusado, cuando éste no concurre injustificadamente a la Audiencia. Salvo que no fuera el recurrente, se realizará la Audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coercitiva y declaración de contumacia.
- b) Se declare inadmisibles el recurso interpuesto por las partes privadas cuando no concurren a la Audiencia.

La presencia de los imputados o del tercero civil no es obligatoria cuando la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso.

En la Audiencia de Apelación se observarán, en lo que fuera posible, las normas relativas al juzgamiento en primera instancia. Se deben observar los siguientes actos:

- a) Al iniciar el debate, se debe hacer una relación de la sentencia recurrida y las impugnaciones correspondientes.
- b) Las partes pueden desistir total o parcialmente de la apelación interpuesta o ratificar los motivos de su recurso.
- c) Actuación de las pruebas admitidas. Es obligatorio el interrogatorio de los imputados cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia, salvo que se abstenga de declarar.
- d) La lectura de oficios, informes periciales y examen de peritos o actuaciones del juicio en primera instancia no objetadas por las partes.
- e) Las alegaciones de las partes, empezando por los recurrentes. Tendrá la última palabra el imputado.

El plazo para expedir sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.

Deberá expedirse sentencia en una Audiencia pública, la cual no debe aplazarse por ninguna circunstancia.

#### **FACULTADES DEL TRIBUNAL AL RESOLVER EL RECURSO DE APELACIÓN:**

- a) No puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

- b) Puede declarar la nulidad, total o parcial, de la sentencia apelada, y disponer que se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

En este caso ya no podrán intervenir los jueces que conocieron el juicio anulado. Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.

- c) Puede confirmar o revocar la sentencia apelada:

- Si la sentencia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiera lugar.
- Si la sentencia es condenatoria, puede dictar una sentencia absolutoria, o dar al hecho una calificación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez en primera instancia.
- Si la sentencia es condenatoria, puede confirmarla en ese extremo, pero imponer una pena más grave.
- Se puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.

La sentencia de segunda instancia solo puede ser objeto de aclaración o corrección y del recurso de casación.

### 3.3. RECURSO DE CASACIÓN

Deriva del verbo latino *casso*, que significa quebrantamiento o anulación. CARAVANTES define este recurso como un **remedio supremo extraordinario** contra las sentencias de los tribunales superiores dictadas contra la ley, la doctrina admitida por la jurisprudencia o faltando trámites sustanciales del proceso.

GONZALES NOVILLO afirma que la casación **no es instancia**. Es un recurso limitado a las cuestiones de Derecho, pues no se puede controlar a través de él la valoración de la prueba. Cuando se interpone un recurso de casación, no se efectúa ante el Tribunal Supremo una valoración de los hechos y pruebas obtenidas en el proceso (que implica un proceso interno del Juez), sino sólo un control en la aplicación o interpretación del derecho material, la doctrina jurisprudencial y de las formas esenciales del Debido Proceso.

Por su parte, VECINA SIFUENTES sostiene que el fundamento del recurso de casación en lo penal se encontraría en **la necesidad de asegurar la unidad del derecho penal a nivel interpretativo**. Se tiene en cuenta el marco en que dicho recurso se desenvuelve, un Estado Constitucional de Derecho, en el que se garantiza el principio de seguridad jurídica, y se reconoce como uno de los derechos fundamentales la igualdad de todas las personas en la aplicación de la Ley.

El autor citado sostiene que el fin de la casación es **guiar la labor judicial a través de criterios in-**

**interpretativos homogéneos.** La búsqueda de jurisprudencia uniforme resulta imprescindible en el ámbito penal, para asegurar el Principio de Determinación de la Ley Penal, que podría ser afectado por la divergencia interpretativa respecto de un determinado tipo penal, frente a lo cual el ciudadano no podría programar en absoluto sus comportamientos.

Es un recurso que conoce el Supremo Tribunal, que cabe contra determinadas resoluciones y por motivos estrictamente tasados.

En el artículo 427<sup>o</sup> del nuevo Código Procesal Penal se establece las resoluciones contra las que procede el recurso, pero no es un sistema estrictamente tasado, puesto que luego de realizar una enumeración taxativa de las resoluciones que pueden ser impugnadas a través de este recurso deja abierta la posibilidad de que la Sala Penal Suprema determine discrecionalmente los que considere necesarios para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. A este último se le conoce con el nombre de “**casación excepcional**”.

Contra las siguientes resoluciones procede el recurso de casación, de acuerdo con el artículo citado:

- Sentencias definitivas, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de seis años, o cuando se trate de sentencias que impongan una medida de seguridad de internación.
- Autos de sobreseimiento.

- Autos que ponen fin al procedimiento, cuando el delito imputado es más grave, por lo cual tiene señalado, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
- Autos que extinguen la acción penal o la pena o deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos por las Salas Penales Superiores.
- Si el extremo impugnado es la reparación civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.

Además de los requisitos generales de admisibilidad de los recursos, se contemplan para este medio impugnatorio las siguientes condiciones:

- Se debe interponer sobre la base de las causas previstas en el Código.
- El recurrente no debe haber consentido previamente la resolución adversa en primera instancia, si ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso, o si invoca violaciones de la Ley que ya fueron deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.

El nuevo Código Procesal Penal distingue dos clases de casación:

- **Casación de forma.** Cuando versa sobre violaciones o defectos en trámites esenciales del procedimiento.

- **Casación de fondo.** Cuando se refiere a infracciones de la ley que influyeron decisivamente en la parte resolutive de la sentencia o autos recurridos.

Las causales por la interposición del recurso de casación son (artículo 429<sup>o</sup>):

**ERRORES IN PROCEDENDO:**

- a) Cuando se hubieran inobservado algunas garantías constitucionales de carácter procesal o material.
- b) Cuando hubiera realizado una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
- c) Cuando hubieran inobservado normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad.

CALAMANDREI es uno de los autores que sostiene que los errores *in procedendo* deben excluirse de la casación por dos motivos fundamentales:

- 1) Su transgresión tiene consecuencias menos negativas.
- 2) La casación en tales supuestos no sirve al fin de desarrollar una labor de unificación jurisprudencial.

Según este mismo autor, ante los errores *in procedendo* no se lleva a cabo una resolución por parte del órgano de casación de una cuestión de derecho que podrá presentarse también, más tarde, cuando se haya de aplicar a casos particulares análogos la misma norma jurídica, sino la constatación histórica de una actividad defectuosa que

constituye una verdadera y propia cuestión de hecho.

**ERRORES IN IUDICANDO:**

- a) Indevida aplicación del Derecho penal material.
- b) Errónea interpretación del Derecho penal material.
- c) Inaplicación del Derecho penal material.
- d) Apartarse de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

**ERRORES IN COGNITANDO:**

**Falta de logicidad en la motivación.** Puesto que la sentencia o auto impugnado está constituido por un conjunto de razonamientos armónicos entre sí, que deben estar exentos de violaciones a los principios lógicos (principio de razón suficiente, principio de contradicción, principio de tercio excluido), además de no ser contrarios a las máximas de experiencia, la decisión judicial debe asentarse en un conjunto de argumentos razonables y adecuados al caso, y no en simples conjeturas o apreciaciones subjetivas.

Al conocer el Tribunal Supremo el recurso de casación por esta causal debe verificar la correspondencia de la conclusión con las premisas, los defectos en el razonamiento o la incongruencia subjetiva, objetiva o sobre el material fáctico, que

no son errores de hecho ni de derecho, sino errores lógico - jurídicos.

Al interponerse el recurso deberá indicarse la causal invocada, citando los preceptos legales que se consideren erróneamente aplicados o inobservados, precisando los fundamentos doctrinales y legales que sustentan su pretensión. Cuando se trate del recurso planteado contra una resolución no prevista taxativamente en el Código Procesal Penal, deberá exponer las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Interpuesto el recurso de casación ante la Sala Penal Superior, ésta puede:

- a) Declarar su inadmisibilidad, cuando no se reúnan los requisitos de forma exigidos en el artículo 405° o cuando se invoquen causales distintas de las previstas.
- b) Conceder el recurso, ordenando que se notifique a todas las partes y se eleven los autos a la Sala Penal de la Corte Suprema.

Recibidos los autos por la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las partes por el plazo de diez días. Luego, se decidirá procedencia del recurso, cuando se verifique su conformidad con el artículo 428° del nuevo Código Procesal Penal. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si el recurso procede.

Durante un plazo de diez días, los interesados podrán examinar los autos y presentar los alega-

tos ampliatorios. Vencido dicho plazo, se señalará fecha y hora para la Audiencia con citación de las partes apersonadas.

En el supuesto que el Fiscal no asistiera injustificadamente a la Audiencia y el recurso haya sido interpuesto por él, se declarará inadmisibile.

En la Audiencia, primero interviene el abogado de la parte recurrente, luego informarán los abogados de las partes recurridas, y le asiste al imputado tomar la palabra.

La sentencia se expedirá en un plazo de veinte días. El recurso de casación debe ser resuelto con cuatro votos conformes.

La sentencia será notificada a todas las partes, incluso a los no recurrentes.

Facultades de la Sala Penal de la Corte Suprema:

- a) La Sala puede corregir en la sentencia casatoria aquellos errores jurídicos que no influyen en la parte dispositiva y no causen nulidad.
- b) La Sala Penal puede declarar fundado el recurso o declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos (total o parcialmente). Asimismo podrá decidir por sí misma el caso (sin reenvío), dictando un fallo que reemplace al recurrido
- c) Si fuere un nuevo debate ordenará el reenvío del proceso. Deberá indicar el Juez o Sala Penal competente, que deberá proceder conforme con lo resuelto por la Sala Penal Suprema.

- d) Podrá declarar de oficio o a pedido del Ministerio Público que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante.
- e) De existir criterios discrepantes entre las Salas Penales Supremas, deberá convocarse al Pleno Casatorio.
- f) Se puede disponer la libertad del procesado o levantar otras medidas de coerción.

### 3.4. RECURSO DE QUEJA

Es un medio impugnatorio ordinario que tiene por objeto que el superior reexamine la resolución que deniega un recurso. COLERIO sostiene que es un recurso especial, pues mientras los demás tienden a revocar la resolución impugnada por errores *in iudicando* o *in procedendo*, la queja apunta a obtener la admisibilidad de otro recurso denegado.

Debemos diferenciar la queja de derecho, en cuanto recurso, con la queja de hecho o funcional que es una denuncia de carácter disciplinario que se formula contra magistrados que no cumplen sus funciones o cometen irregularidades.

Es posible su interposición, de acuerdo con el artículo 437º del nuevo Código Procesal, contra las resoluciones denegatorias del recurso de apelación y de casación. Se debe precisar el motivo de su interposición con invocación de la norma jurídica que hubiera sido vulnerada, además de acompañar el escrito que motivó la resolución re-

currida y todas las piezas referentes a su tramitación.

Se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso. Recibido el recurso, sin trámite alguno decidirá su admisibilidad y, en su caso, su fundabilidad.

La tramitación del recurso no afecta el desarrollo del principal ni la eficacia de la resolución denegatoria.

Existen para resolver el recurso las siguientes alternativas:

- **Fundada.** Se concede el recurso y se ordena al Juez de la causa que envíe el expediente o ejecute lo que corresponde, sin perjuicio de la notificación de las partes.
- **Infundada.** Se comunica al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

## CAPITULO XVIII

### LA DEMANDA O ACCIÓN DE REVISIÓN

#### 1. DEFINICIÓN

DÍAZ MARTÍNEZ conceptualiza la revisión como una acción impugnatoria autónoma, de naturaleza excepcional, que resulta admisible únicamente en aquellos supuestos taxativamente previstos en los que se ponga en evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena, cuya finalidad está encaminada a que prevalezca sobre dicha resolución judicial la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal.

BARONA VILAR sostiene que, aunque se califique como «recurso» de revisión, en puridad, no estamos ante el ejercicio de un medio de impugnación alguno, sino, más bien, ante un proceso nuevo e independiente, en el cual se ejercita una acción de impugnación autónoma con el fin de lograr la anulación de una sentencia firme, que, por definición, no es susceptible de recurso alguno.

Es una acción independiente que da lugar a un nuevo proceso cuya finalidad es rescindir la autoridad de cosa juzgada de sentencia condenatorias firmes e injustas.

## 2. FUNDAMENTO

El recurso de revisión tiende a eliminar un error judicial en la administración de justicia penal, error que está contenido en una sentencia condenatoria.

GIMENO SENDRA considera que su fundamento se encuentra en la necesidad de hacer prevalecer el valor justicia sobre el valor seguridad jurídica en aquellos casos en que una persona haya sido condenada injustamente. El mantenimiento de dicha situación resultaría inadmisibile en un Estado de Derecho.

## 3. NATURALEZA

Existe en doctrina una importante polémica sobre su naturaleza. Un sector considera que es un verdadero recurso extraordinario y excepcional, otro sector le da el tratamiento de un remedio destinado a subsanar errores judiciales que perjudiquen al reo, y, finalmente, un tercer sector considera que es una acción autónoma que da lugar a un proceso nuevo que tiene como finalidad la rescisión de la sentencia firme. La mayor parte de la doctrina se inclina por esta tercera posición, y es también la posición reconocida por el nuevo Código Procesal Penal, que en su Sección VII recoge «la acción de revisión», a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, que inicialmente reguló esta institución otorgándole el carácter de recurso extraordinario.

Se establecen claras diferencias con los recursos:

- a) No se plantea para evitar que una resolución devenga en firme, provocando un nuevo examen

de lo resuelto. Se busca rescindir su calidad de cosa juzgada.

b) Se plantea fuera del proceso.

#### 4. CARACTERÍSTICAS

- **No tiene limitación temporal.** Se interpone después de transcurrido el plazo normal concedido para la interposición de recursos.
- **Se plantea siempre en beneficio del condenado.** No se admite la revisión de sentencias absolutorias por la primacía absoluta de los derechos fundamentales, que sitúan el derecho constitucional individual a no sufrir injustamente una condena penal por encima del interés de la sociedad o de las víctimas en que los culpables resultan condenados.
- **Extraordinario.** Responde a una finalidad especial y concreta, de carácter singular, rescindir sentencias firmes, por ser consideradas injustas.
- **Excepcional.** Constituye una excepción a la inmutabilidad de las sentencias firmes y a la seguridad jurídica. Procede contra sentencias firmes, es decir, contra las que no puede intentarse recursos ordinarios, ni tampoco el recurso extraordinario de casación.
- **Su amplitud en cuanto a los legitimados.** Otras acciones se interponen por la parte que ha sufrido el perjuicio, mientras que la revisión puede solicitarse no sólo por el condenado sino también por sus parientes cuando éste hubiera fallecido o su representante si devino en incapaz. Es posible

que la acción de revisión también pueda ser promovida por el Fiscal Supremo en lo Penal (artículo 440°).

- En la revisión, los vicios denunciados han de ponerse de relieve en relación con hechos producidos o conocidos con posterioridad a la sentencia. No es procedente la revisión por vicios o errores de tipo jurídico de la sentencia.
- La denegatoria de la revisión, o la ulterior sentencia confirmatoria de la anterior, no impide una nueva demanda de revisión, siempre que se funde en otros hechos o pruebas.

De acuerdo con el artículo 439° del nuevo Código Procesal Penal, se puede promover esta acción en los siguientes casos:

1. Cuando después de pronunciada la sentencia penal se dicta otra en la que se condena por el mismo delito a persona distinta de la que fue sentenciada anteriormente. Entre ambas sentencias existen contradicciones y se derivan de ellas prueba de inocencia de alguno de los condenados.
2. Cuando la sentencia haya sido pronunciada a pesar de que existía otra precedente que tenía la calidad de cosa juzgada. Este supuesto quiebra el principio de *ne bis in idem*. Al respecto, CORTÉS DOMÍNGUEZ sostiene: «La revisión como mecanismo desintegrador de la cosa juzgada es, curiosamente, en este caso, el mecanismo que preserva la cosa juzgada, atacando la sentencia que suponía la violación del principio de *ne bis in idem*”.

3. Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.
4. Si con posterioridad a la sentencia se descubren nuevos hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado. Se trata del motivo más utilizado en la práctica. No son solamente nuevos hechos los acontecidos con posterioridad a la sentencia, sino aquellos conocidos con anterioridad y que no fueron tomados en consideración en el momento del enjuiciamiento, o no se practicaron en su momento y no pudieron incidir en el juzgamiento.
5. Cuando se demuestre por decisión firme que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.
6. Cuando la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.

La demanda o acción de revisión será presentada ante la Sala Penal de la Corte Suprema, en la cual se puede pretender la revisión y la indemnización correspondiente.

La interposición de la demanda de revisión no suspende la ejecución de la sentencia, aunque la Sala Suprema puede decidir lo contrario. Es posible que imponga una medida de coerción alternativa.

Admitida a trámite la demanda, la Sala Penal de la Corte Suprema notificará al Fiscal o al condenado la demanda, según corresponda. Puede disponer la recepción de los medios de prueba ofrecidos por el demandante y los que consideren útiles para la averiguación de la verdad. La actuación probatoria no podrá exceder los treinta días, luego de lo cual la Sala fijará fecha para la Audiencia de revisión.

En la Audiencia se dará cuenta de la revisión y de la prueba actuada. Acto seguido, el Fiscal y el abogado del condenado informarán oralmente. El imputado hará uso de la palabra en el último lugar. La sentencia deberá emitirse en el plazo de veinte días.

#### **Posibilidades de resolución:**

- a) **Fundada la revisión**, declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación y la remitirá a nuevo juicio. El ofrecimiento de prueba y la sentencia no podrán fundarse en una nueva apreciación de los mismos hechos del proceso, con independencia de las causales que tomaron admisible la revisión.
- b) **Fundada la revisión**, declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación y pronunciará directamente la sentencia absolutoria. En ese caso se ordenará la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación y de multa, así como la indemnización que corresponda por error judicial.

La sentencia se notificará a todas las partes del proceso originario.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1942.
- AMBOS, Kai, WOISCHNIK, Jan. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina* en Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo. Legis. Enero - Marzo 2005.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido Proceso versus Pruebas de Oficio*, Editorial Juris, Rosario 2005.
- ARAGONÉS ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Argones, Quinta Edición, Madrid, 1989.
- BAUMANN, Jurgen. *Derecho Procesal Penal*, Desalma, Buenos Aires, 1986.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, Europa-América, Buenos Aires, 1958.
- BIDART CAMPOS, German J. *Manual de Derecho Constitucional argentino*, EDIAR, Buenos Aires, 1986.
- BOVINO, Alberto, *Temas de Derecho Penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte General*, Ariel, Barcelona, 1989.

- CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La excarcelación*, Buenos Aires, Lerner, 1977.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal, Volumen I*, Europa América, Buenos Aires, 1952.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso, Clásicos Jurídicos*, Editorial Juris, Rosario 2005.
- CARRARA, Francisco. *Programa de Derecho Criminal*, Temis, Bogota, 1989.
- CATAORA GONZALES, Manuel. *Manual del Derecho Procesal Penal*, Rhodas, Lima, 1996.
- CHRISTE, Nills. *Los conflictos de pertenencia*, en «*De los delitos y las víctimas*», AD HOC, Buenos Aires, 1952.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo V, EDIAR, Buenos Aires, 1996.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomas. *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Desalma, Buenos Aires, 1972.
- D' ALBORA, Francisco J. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1982.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *El Derecho a los Recurso*. Los Problemas de la única instancia. En: *Tribunales de Justicia* N° 10. 1997.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la prueba judicial*, Víctor Zavala Editor, Buenos Aires, 1976.

- DOIG DÍAZ, Yolanda. *El recurso de apelación contra sentencias. El nuevo Proceso Penal. Estudios fundamentales*. Lima, Palestra Editores, 2005.
- DUCE, Mauricio. BAYTELMAN, Andrés. *Litigación penal, juicio oral y prueba penal*. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima, 2005.
- FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. Labor, Barcelona, 1952.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1989.
- GACETA JURÍDICA. *Legislación, doctrina y jurisprudencia*. Lima (varios tomos).
- GACETA JURÍDICA. *Juicio Oral. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*. Lima, 2011.
- GARCIA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Octava Edición, EDDILI, Lima, 1984.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Tecnos, Madrid, 1988.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y otros. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Los Procesos Penales*. Barcelona, Editorial Bosch, 2000.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luís. *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas, Madrid, 1987.
- GONZALES ÁLVAREZ, Daniel. *El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, materiales de lectura* CEAS, Lima, 1994.

- GONZALES NOVILLO, Jorge y FIGUEROA, Federico. *El recurso de casación en el proceso penal*. Editorial Ad-hoc.
- GOLDSCHMITH, James. *Principios generales del proceso, Europa-América*, Buenos Aires, 1961.
- HUGO VIZCARDI, Wilfredo. *La detención, en Temas especiales de Derecho Procesal Penal*, CEIPI-CAJ, Lima, 1996.
- HURTADO POZO, José. *El Ministerio Público*, EDDILI, Lima, 1984.
- JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Cuarta Edición, Comares, Granada, 1993.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1957.
- KADAGAND LOVATÓN, Rodolfo. *Las pruebas legales y no legales en Derecho Procesal Penal*, Rodhas, Lima, 1995.
- LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1990.
- LIBRERÍA JURÍDICA, SÁNCHEZ R. Ltda., *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*, Medellín, 2008.
- MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal argentino*. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- MAIER, Julio B.J. *Límite temporal del encarcamiento preventivo en doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*. Temis, Bogota, 1994.
- DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián. *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Volumen I. 2002

- MENDOZA ARZABE, Fernando y MENDOZA KATE, Helen. *Tratado sobre la sentencia*. La Paz, 1999.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*, Ankor, Trujillo, 1988.
- MIXÁN MASS, Florencio. *El juicio oral*, Marsol, Trujillo, 1984.
- MIXÁN MASS, Florencio. *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.
- MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho jurisdiccional peruano*, ENMARCE, Lima, 1999.
- MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal*. Valencia, Editorial Tirant o Blanch, 2000.
- NOGUERA RAMOS, Iván. *Detención y libertades en el proceso penal*, Portocarrero, Lima, 1994.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Estudios de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1993.
- PASTOR, Daniel R. *Derechos Fundamentales o Persecución Penal sin límite*. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. CDAM, Padova, 1988.
- QUEVEDO MENDOZA, Julio A. *Enciclopedia jurídica OMEBA*, Buenos Aires, 1963.
- REVISTA DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA *Justicia Constitucional. Especial: Tribunal Constitucional y Reforma de la Constitución*. Palestra Editores. Lima, 2005
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *La detención*, AKAL, Madrid, 1987.
- RUBIANTES, Carlos. *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Grijley, Lima, 1999.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*, IDEMSA, Lima, 1994.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1993.
- SUPERTI, Héctor. *Derecho procesal Penal. Temas conflictivos*. Editorial Juris. Rosario, 1998.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Editora Jurídica Grijley.
- URQUIZO PÉREZ, Jorge. *Manual de procedimientos penales (practica forense penal)*, Studium, Lima, 1986.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1986.
- ZAVALA LOAYZA, Carlos, *El proceso penal y sus problemas*, Lima, 1947.