Frank Almanza Altamirano

FRANK ALMANZA ALTAMIRANO

LITIGACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

EN AUDIENCIAS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

SAN BERNARDO

Título: LITIGACIÓN Y ARGUMENTACIÓN. EN AUDIENCIAS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

© FRANK ALMANZA ALTAMIRANO

Editado por

© San Bernardo Libros Jurídicos E.I.R.L.
RUC N° 20544174119
Jr. Las Américas 383 - Lima 07
Teléfono 956612273 - 961360948
Correo: librossanbernardo@hotmail.com
Editor: Abelardo P. Flores Lavado

Impresión
CYM Acabados Gráficos S.A.C.
RUC N° 20521765578
Mz. D18 Lt. 12 - Bocanegra - Callao
Teléfono: 979 731 160
Correo: cymacabadosgraficos@hotmail.com

Primera edición: junio de 2021

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-04640
ISBN: 978-612-48020-1-0

Diseño de carátula: Richard Bravo Rojas

Derechos Reservados: Decreto Legislativo N° 822
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

Impreso en Perú 2021 Printed in Perú

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 17

Alegato de apertura, examen y contraexamen de testigos .. 18
Examen y contraexamen a peritos, prueba material y declaraciones previas 18
Objeciones y alegato de clausura 19

I
FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

1.1. Fundamentos del sistema procesal acusatorio 21
A) Atribución de la investigación (instrucción) y del juicio oral a dos distintos órganos jurisdiccionales 23
B) Distribución de las funciones de acusación y decisión 23
C) Correlación entre la acusación y el fallo 24
1.2. Los principios constitucionales en el nuevo Código Procesal Penal 39
1.2.1. Los principios procesales 39
1.2.2. Principio de oralidad 40
1.2.3. Principio de inmediación 41
1.2.4. Principio de presunción de inocencia 42
1.2.5. Principio acusatorio 45
1.3. El proceso penal común 47

II
ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

2.1. Introducción 49
2.2. Reserva y secreto de la investigación 53
2.3. Diligencias preliminares de investigación 54
2.4. Plazo de las diligencias preliminares 56
2.5. La dirección del Fiscal en la actuación operativa policial 74
2.6. El tratamiento de la denuncia 79
2.7. Formalización y continuación de la investigación preparatoria 80
2.8. Plazo de la investigación preparatoria 83
2.9. Conclusión de la investigación preparatoria 90
2.10. Conclusiones de la etapa de investigación preparatoria 93

III
ETAPA INTERMEDIA

3.1. Introducción 173
a. Control formal 176
b. Control sustancial o material 176
c. El requerimiento de sobreseimiento 177
d. Presupuestos para requerir sobreseimiento 178
3.2. Audiencia de control de sobreseimiento 179
3.3. La acusación fiscal 182
3.4. Efectos de la acusación e intervención de los sujetos procesales 185
3.5. Tipos de acusación 186
3.6. Audiencia de control de acusación 186
3.7. El auto de enjuiciamiento 189
3.8. Duración de la etapa intermedia 190
3.9. El principio de imputación necesaria en el nuevo proceso penal peruano 190
3.9.1. Introducción 190
3.9.2. La garantía de la imputación necesaria 191
3.9.3. La imputación necesaria y el contenido de la acusación en la etapa intermedia 194

3.9.4. Elementos del principio de imputación necesaria 196
3.9.5. El principio de imputación necesaria en el nuevo Código Procesal Penal 198
3.9.6. Conclusiones 200

IV
LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA FUNCIÓN DEL JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN LA ETAPA INTERMEDIA

4.1. Introducción 201
4.2. Nociones fundamentales 202
4.3. La etapa intermedia: algunas consideraciones 202
4.3.1. Concepto 202
4.3.2. El juez de la investigación preparatoria en la dirección de la etapa intermedia 204
4.3.3. Decisiones judiciales en la etapa intermedia 205
4.3.4. Finalidad de la etapa intermedia 207
4.3.5. La problemática de la etapa intermedia en la práctica procesal peruana 208
4.3.6. Conclusiones 210

V
ETAPA DE JUZGAMIENTO

5.1. Introducción 213
5.2. Principales principios que sustentan la etapa de juzgamiento 213
5.2.1. El principio de contradicción 213
5.2.2. El principio de igualdad de armas procesales 214
5.2.3. Principio de inviolabilidad del derecho de defensa 215
5.2.4. Principio de publicidad del juicio 216
5.2.5. Principio de unidad y concentración 218
5.3. El juicio oral y su importancia en el nuevo proceso penal 219
5.4. La oralidad de la etapa de juzgamiento 220
5.5. Atribuciones del Juez en la etapa de juzgamiento 220
5.6. Instalación de la Audiencia del Juicio Oral 221

5.7. La conclusión anticipada, conformidad ante la acusación 222
5.8. Ofrecimiento de nuevos medios de prueba o los no admitidos en la etapa intermedia 222
5.9. Desvinculación y acusación complementaria 223
5.10. La actuación probatoria 223
5.11. El examen del imputado 224
5.12. Examen de testigos y peritos 225
5.13. La prueba documental y el trámite para su actuación probatoria 226
5.14. Deliberación y sentencia 228
5.15. Conclusiones referentes a la etapa de juzgamiento 230

VI
LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

6.1. Introducción 231
6.2. Noción de «prueba» 232
6.3. Finalidad de la actividad probatoria 234
6.4. Valoración de la prueba 234
a) La sana crítica 235
b) El sistema de la prueba legal o tasada 236
c) Reglas de la lógica 236
d) Conocimientos científicos 237
e) Máximas de la experiencia 237
6.5. Conclusiones 238

VII
PRINCIPIOS GENERALES EN TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL

7.1. Las fuentes de prueba son las que proporcionan información en el juzgamiento 239
7.2. Ni el fiscal ni el abogado son fuente de información 240
7.3. Cuando las fuentes son llevadas frente al juez, se debe extraer la información sin amenazas y sin engaños 241

VIII
LA TEORÍA DEL CASO

8.1. Conceptualización 245
8.2. Características 248
8.3. La importancia del establecimiento de los hechos en la teoría del caso 252
8.4. La importancia de la investigación preparatoria en la construcción de la teoría del caso 256
8.5. Estructura de la teoría del caso 258

IX
LOS ALEGATOS DE APERTURA

9.1. Conceptualización 270
9.2. Algunas recomendaciones previas 273
a. Conocer el caso 273
b. El lema 273
c. Conexión de ideas 274
d. El apoyo en ciencias auxiliares 275
e. La presentación de los hechos 276
f. Lo que no se debe hacer 278
9.3. Estructura del alegato de apertura 280
a. La introducción 280
b. Narración de la historia 281
c. El ofrecimiento de pruebas 282
d. El cierre climático 283
9.4. Requisitos para la realización de un buen alegato de apertura 283
a. Brevedad 283
b. Lenguaje 284
c. Conexión 284
d. Observación 284
e. Claridad 285
f. Anticipación de debilidades 285
g. No conclusiones 285
h. Uso de material 285
i. Profesionalismo y seriedad 285

X
EXAMEN DIRECTO O INTERROGATORIO

10.1. Conceptualización 288
10.2. Principios básicos 289
10.3. Duración del interrogatorio 296
10.4. Tipos de pregunta 296
10.5. Preparación del examen directo 298
10.5.1. La fase de selección de testigos 298
10.5.2. Metodología para aproximarse a la selección de un testigo 299
10.5.3. Tipos de preguntas a utilizar en el examen directo 300
10.5.4. Análisis de la estructura y preguntas a realizar durante el examen directo de testigos 300
10.5.4.1. Tipos de preguntas del examen directo 301
10.6. Objetivos del examen directo 304
10.7. Declaración del acusado en el juicio y su derecho a guardar silencio 306

XI
CONTRAEXAMEN

11.1. Conceptualización 307
11.2. Base constitucional y desarrollo legal 308
11.3. Fines del contrainterrogatorio 312
11.4. Reglas sobre el contrainterrogatorio 313

XII
DECLARACIONES PREVIAS

12.1. Introducción 323
12.2. Conceptualización 324
12.3. Regla general de las declaraciones previas 325
12.4. Excepciones 326
12.5. Procedimiento para refrescar la memoria 327
12.6. Procedimiento para manifestar inconsistencias 328

XIII
OBJECIONES

13.1. Conceptualización 333
13.2. Base Constitucional y Legal 334
13.3. ¿Cuál es el propósito de las objeciones? 335
13.4. Reglas para formular las objeciones 335
13.5. Reglas para quien recibe las objeciones 339
13.6. Clases de objeciones 339
A. Según la introducción de la información al juicio . 340
1. Objeción de un alegato 340
2. Objeción de una objeción 340
B. Objeciones a las pruebas 341
C. Objeciones a diferentes tipos de preguntas 341

XIV
PRUEBA PERICIAL

14.1. Introducción 345
14.2. Conceptualización 345
14.2.1. Pericia 345
a. Finalidad de la pericia 346
14.2.2. Peritos 346
14.2.3. Los testigos expertos 347
14.2.4. La prueba pericial 347
14.3. Producción del testimonio del perito 347
14.3.1. Conceptualización 347
14.3.2. Preparación del examen directo para el perito 347
14.3.3. Reglas específicas para el interrogatorio de los peritos 348
3.3.1. Inconcurrencia de los testigos o peritos 349
3.3.2. Examen especial a los testigos o peritos 350
14.3.4. Reglas específicas para el contrainterrogatorio de los peritos 350
14.4. El uso del informe pericial 351

XV
LOS ALEGATOS DE CLAUSURA

15.1. Introducción 353
15.2. Base normativa 354
15.3. Objetivos del alegato de clausura 355
15.4. Estructura del alegato de clausura 356
15.4.1. Orden temático 356
15.4.2. Orden cronológico 356
15.4.3. Supuestos jurídicos sustanciales 357
15.5. Técnicas del alegato de clausura 357
a) Piense en el Juez 357
b) La importancia del primer minuto 358
c) La importancia del último minuto 358
d) Eficiencia 358
e) Consideraciones estratégicas 359
15.6. Reglas aplicables al alegato final 359
15.7. Los alegatos finales del fiscal, del actor civil, del abogado del tercero civil, del abogado defensor y autodefensa del acusado 360
15.7.1. El alegato final del fiscal 360
15.7.1.1. Principios del alegato final del fiscal 360
15.7.1.2. Requisitos del alegato final del fiscal 361
15.7.2 El alegato final del actor civil 361
15.7.3 El alegato final del tercero civil 361
15.7.4 El alegato final del abogado defensor del acusado . 362
15.7.5 La autodefensa del acusado 362
15.8. Alegatos de clausura que hicieron historia (célebres) 363

XVI
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

16.1. ¿Qué es la argumentación jurídica? 378
16.2. ¿Qué es argumentar? 382
a. Justificación interna 384
b. Justificación externa 384
16.3. Dimensiones de la argumentación 390
16.3.1. Dimensión formal 391

16.3.2. Dimensión material 391
16.4. La retórica 391
16.4.1. El silogismo 393
16.4.2. El contexto de descubrimiento y el contexto de justificación: razón explicativa vs. razón justificativa 396
16.4.3. Instancia justificativa e instancia persuasiva 398
16.5. La lógica de conceptos o clases y la analogía 400
16.5.1. La formación de conceptos en el derecho 403
16.5.2. La formación de conceptos a través de las metáforas y las analogías 404
16.6. Metáforas y analogías 407
16.6.1. La metáfora 408
16.6.2. Las analogías 419
a) Criterio de semejanza estructural 424
b) Criterio de semejanza funcional 425
c) Criterio de semejanza semántica 425
16.7. Los tópicos 428
16.8. El debate y la argumentación 431
16.9. Argumentos y falacias 433
16.10. El modelo de Toulmin 448
16.10.1. Algunas reglas, métodos y falacias en el debate: la acusación y defensa en el juicio oral 460
16.10.2. Algunas advertencias previas 461
16.10.3. Etapa de apertura 464
16.10.4. Algunas reglas y falacias en la etapa de confrontación 467
16.10.5. Falacias en la etapa de argumentación 474
a. Defender una tesis utilizando argumentos que no están relacionados 474
16.10.6. Reglas y falacias en la etapa de clausura 476

APÉNDICE
ARTÍCULOS DEL NUEVO CPP QUE REGULA LA LITIGACIÓN ORAL
..... 479

BIBLIOGRAFÍA 487


ETHOS
JURÍDICA
LIBRERÍA Y DISTRIBUIDORA

PRESENTACIÓN

La Reforma Procesal Penal en América Latina, más que un cambio normativo o procedimental, implica básicamente una transformación cultural, implica que los operadores adquieran una nueva visión de la Justicia Penal. El nuevo modelo de Juzgamiento que trae el Código Procesal Penal peruano, está basado en el método de la Oralidad, cuyo desarrollo debe garantizar la efectividad de los principios de publicidad, inmediación, concentración, contradicción y defensa.

En ese contexto de cambio, se hace necesaria la formación de operadores jurídicos, para que sean capaces de materializar los principios fundamentales del Sistema Penal Acusatorio, a través del desarrollo de habilidades y destrezas para el planteamiento estratégico de un caso penal ***para la Litigación Oral en un sistema acusatorio.***

El presente texto pretende en los primeros capítulos ocuparse del proceso penal común y luego en los capítulos finales busca contribuir al desarrollo de habilidades, destrezas y valores para la litigación oral, a partir de conceptos, recomendaciones y ejercicios prácticos de las técnicas del proceso oral y del planteamiento y análisis de casos. Para la presentación de los temas se acudirá a ejemplificar las ideas con ejercicios en casos penales. Ello, sin embargo, no significa que este sea un libro sobre *práctica forense penal.*

Existe consenso en cuanto a que quizá la labor más delicada, difícil y exigente que puede enfrentar un abogado litigante o un Fiscal en el curso de un proceso judicial, cualquiera que sea su naturaleza, es litigar en un Juicio Oral; probablemente nada requiere tanta preparación, destreza, experiencia.

El juicio oral es la instancia en la cual cada litigante debe hacer sus máximos esfuerzos por convencer al juez de que su visión sobre los hechos es la correcta, por ello se tiene que organizar las actuacio-

nes estratégicas con toda la información que se ha obtenido en el transcurso de la investigación; en tal sentido la teoría del caso se erige como instrumento más importante para organizar nuestro desempeño en el proceso penal porque constituye la estrategia que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar lo que debe ser coherente y funcional.

El sistema oral se caracteriza por la existencia de audiencias como metodología central para la toma de decisiones relevantes del proceso, esto es lo propio de un sistema acusatorio. Así se podrá transmitir lineamientos básicos de cómo llevar efectivamente una audiencia previa al juicio oral, usando las técnicas de litigación correctamente que nos lleven a una audiencia en la cual exista igualdad de partes, se respeten las garantías de los procesados y se llegue a resultado justo lo que a su vez conducirá a un proceso rápido, seguro y garantista.

Alegato de apertura, examen y contraexamen de testigos

En el Alegato de apertura el objetivo es proporcionar al juzgador el esquema general del caso, los aspectos más importantes que le dan forma de manera ordenada; así pues se presenta el caso que se va a conocer, señalando lo que la prueba va a demostrar y desde qué punto de vista debería ser apreciada por el juzgador, así mismo con el alegato de apertura se dará inicio a la actividad de los litigantes en el juicio oral.

Los exámenes y contraexámenes se realizan con la aplicación de los principios de inmediación, oralidad y publicidad; se busca que el juez perciba directamente como se produce la información a través de la actuación del litigante con respecto a la declaración de un órgano de prueba. El contraexamen lo realiza la contraparte inmediatamente después que el testigo fue objeto de interrogatorio directo, se pondrá a prueba la información obtenida en el examen directo, es la mejor oportunidad que se tiene para confrontar dicha información **para ver si es de calidad.**

Examen y contraexamen a peritos, prueba material y declaraciones previas

La pericia es un medio de prueba a través de la cual se incorpora la información del perito, basándose en conocimientos especiales,

ya sean científicos, artísticos o técnicos (medicina, contabilidad, balística, etc.), útiles para la valoración de un elemento de prueba.

La prueba material tiene una significativa importancia ya que va a coadyuvar a reafirmar y fortalecer la teoría del caso de las partes en la medida que permite demostrar o acreditar las proposiciones fácticas.

Las declaraciones previas, que son la exteriorización del fuero interno de una persona realizada anteriormente y que consta en un soporte, por regla general, estas declaraciones que prestan testigos, peritos, imputados o víctimas antes del juicio, no tiene el carácter de prueba ya que solo puede ser considerado como prueba aquella que se realiza en el juicio oral

Objeciones y alegato de clausura

Técnicamente la objeción se presenta en el juicio como un incidente cuando se afecta una regla de litigación oral. Es promovido en el transcurso de la audiencia, será tratado en un solo acto y se resolverá inmediatamente.

En esencia el alegato de clausura es la última fase del juicio, llegado este momento toda la prueba ya ha sido presentada, es la instancia donde armaremos el rompecabezas juntando todos los trozos de información que hemos venido aportando en el desarrollo del juicio. Recordándole al juez el alegato de apertura, a fin de hacerle ver el cumplimiento de la oferta inicial.

Si bien el alegato final debe ser acorde con **el planteamiento del caso** y es la última oportunidad del litigante para persuadir al juzgador, debemos ser conscientes que el juzgador evaluará toda su actuación en el juzgamiento. La naturaleza del alegato final es la de un proyecto de sentencia que se le propone al juzgador en base a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral.

Estos aspectos anteriormente señalados constituyen el contenido de la obra que se pone a consideración de la comunidad jurídica y que esperamos sea especialmente útil para los diversos operadores del Derecho.

Finalmente, es necesario recalcar que esta obra no es un producto espontáneo o de febril inspiración, sino el resultado maduro de un estudioso de la materia que ha volcado su experiencia de más de 14 años como fiscal y profesor universitario en plasmar un

texto orgánico, un instrumento sumamente útil para la litigación en juicio. Más de media docena de títulos publicados sobre el Proceso penal y la litigación oral, su participación en innumerables programas de capacitación a nivel de pre y postgrado así como su rol protagónico en diplomados y programas permanentes de actualización y profundización dirigidos al Ministerio Público y el Poder Judicial garantizan una aproximación versátil y actual a los distintos fenómenos involucrados en la litigación oral y la argumentación en juicio.

El autor

I
FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

1.1. Fundamentos del sistema procesal acusatorio

Nuestro sistema procesal penal, como todo sistema procesal de los Estados de Derecho, cuenta con una base constitucional que, entre lo más resaltante, implica el respeto irrestricto de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. De ahí que, siguiendo esta línea, el legislador del nuevo Código Procesal Penal (NCPP), al elaborar este cuerpo normativo de índole adjetivo, ha cumplido con basarlo en lineamientos constitucionales que suponen el acatamiento de todos los tratados de respeto por los derechos humanos de los que el Perú es parte.

Nuestra Constitución contiene diversas normas de protección a los imputados y a la víctima, así como también establece deberes, facultades y parámetros que los sujetos que intervienen en el proceso penal deben observar obligadamente en este ámbito. Para su conocimiento y estudio debido, todo operador jurídico-penal debe aprehender los siguientes principales artículos de la Carta Fundamental:

- Artículo 2°, inciso 24 (derecho a la libertad)
- Artículo 139° (derechos y garantías de la función jurisdiccional)
- Artículo 159° (deberes y facultades referentes al Ministerio Público)
- Artículo 166° (facultades de la Policía Nacional)
- Artículo 200° (sobre las garantías constitucionales)

Como bien sabemos, el Estado tiene la potestad para la persecución y sanción del delito, mediante el ejercicio del llamado *ius*

puniendi; sin embargo, necesariamente debe respetar los derechos fundamentales de las personas, independientemente de su condición de sujeto procesal, esto es, ya sea imputado o víctima. Es por ello que, bajo este orden de ideas, el nuevo Código adjetivo instituye el *modelo acusatorio* de rasgos adversariales, en el que tanto los imputados como la víctima se **encuentran asistidos por derechos fundamentales**.

En cumplimiento de la Constitución, las víctimas o los propios procesados cuentan con derechos fundamentales que les son inherentes, dada su condición de seres humanos (artículos 2° y 139°). Con ello, en el proceso acusatorio se establece el concurso indispensable de los sujetos procesales que poseen funciones totalmente diferenciadas. Uno de dichos sujetos es el fiscal, que es quien acusará mediante una premisa de culpabilidad. Otro —el abogado del imputado— mantendrá la tesis de la inocencia de su patrocinado, la cual procurará defender. Un tercer sujeto, el que administrará justicia, tendrá que tomar la decisión final. En este contexto, cada quien cumplirá un rol diferente.

RECUERDA

El *principio acusatorio* exige que la acusación sea sostenida por un sujeto distinto del órgano juzgador. Su finalidad es garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Nadie puede ser condenado si no se formula contra él una acusación de la que pueda defenderse de una forma contradictoria.

El **modelo acusatorio** se caracteriza por reconocer la libertad como regla, delimita las funciones de los sujetos procesales y con ello surge la exigencia de que la acusación es sostenida por un sujeto procesal diferente al sujeto procesal que determina la resolución del conflicto jurídico. El imputado, por su parte, en todo momento es considerado como un sujeto de derechos a quien el *principio de presunción de inocencia* se le respeta irrestrictamente. Para ello, también ha quedado instituido el *principio de libertad de prueba*. Con todo ello, el *ius puniendi* del Estado queda [de]limitado.

El nuevo Código adjetivo se adscribe a este modelo, en el cual la dirección de la investigación se encuentra a cargo del fiscal, mientras que el Juez deviene neutral para resolver el caso sobre la base

de la prueba producida en el juzgamiento, en función de la premisa de la confrontación. Es en este marco en el que se ha instituido el *principio de igualdad procesal* o de *igualdad de armas*, operante a lo largo de todo el proceso. El juicio oral es la etapa central del mismo.

Este sistema acusatorio se ve reflejado en la estructura del nuevo Código adjetivo:

El *principio acusatorio* exige que la acusación sea sostenida por un sujeto distinto del órgano juzgador. Su finalidad es garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Nadie puede ser condenado si no se formula contra él una acusación de la que pueda defenderse de una forma contradictoria.

Se exige, por eso, que el hecho objeto de acusación y el hecho que constituye la base de la condena permanezcan inalterables, lo que significa que es necesario que haya identidad entre el **hecho alegado y mantenido** por la acusación y el **hecho que haya resultado alegado y probado**; para que luego constituya el objeto de la condena.

A) Atribución de la investigación (instrucción) y del juicio oral a dos distintos órganos jurisdiccionales

Esta función se da a fin de prevenir el prejuzgamiento y evitar que el acusado sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad, por lo que se hace necesario que la función de supervisión de la investigación se encomiende a un órgano unipersonal, al que se le ha de vedar expresamente la posibilidad de continuar conociendo el proceso penal en la fase de juicio oral, el cual ha de ser conferido a otro órgano jurisdiccional, normalmente colegiado.

B) Distribución de las funciones de acusación y decisión

La investigación ha de iniciarse por una parte distinta del órgano jurisdiccional decisor, a quien también se le ha de vedar la posibilidad de sostener la acusación. **Para que exista el principio acusatorio se hace necesario que se desdoblen ambas funciones**, de acusación y decisión y sean otorgadas a dos distintos sujetos procesales.

Sentencia del Tribunal Constitucional

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha referido que «la vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuicia-

miento determinadas características», a saber: a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el fiscal no formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad (STC N° 2005-2006-PHC/TC).

C) Correlación entre la acusación y el fallo

La vigencia del sistema acusatorio exige una determinada correlación subjetiva y objetiva entre la acusación y la parte penal dispositiva de la sentencia, cuya finalidad esencial consiste en posibilitar el ejercicio del derecho de defensa». El principio de correlación o congruencia entre lo acusado y lo condenado, aun cuando —expresamente— no esté enunciado en la ley procesal especial de la materia, es el límite a la potestad de resolver del órgano jurisdiccional, e impone como sanción la invalidación del acto procesal, de lo cual se infiere no solo la existencia de la institución, sino también su importancia»[1].

1. Distinción entre el Modelo Procesal Penal Inquisitivo y el modelo acusatorio

A efectos de poder evidenciar las distinciones entre lo que es el modelo procesal penal inquisitivo de uno de corto acusatorio, resulta menester precisar que el primero de ellos, se puede asociar con la denominada «Santa Inquisición», la misma que tuvo sus orígenes en el siglo XII, en la era medieval europea y cuya función principal era la supresión de las herejías, principalmente fundadas en el seno de la iglesia católica, para tal fin, empleaban los métodos que consideren necesarios para llegar a la verdad material de los hechos, situación que también se presenta en la realidad peruana, cuanto menos en los distritos judiciales donde sigue vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940, el cual muchas veces implica efectuar una investigación, no respetuosa de los plazos legales, donde se suelen formular preguntas en las declaraciones indagatorias que fuercen al

---

[1] STC N° 0402-2006-PHC/TC.

denunciado a sindicarse como el autor del hecho denunciado, dejando de lado el derecho a la no autoincriminación.

Sin embargo ante la adversidad de lo que representa una afectación a los derechos y garantías fundamentales que dotan un debido proceso, se tiene el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, de corto acusatorio, el cual está acompañado de una serie de principios que hacen-teóricamente- más garantista el proceso penal, ello en la medida que se instaura el principio de contradicción, principio acusatorio, principio de igualdad de armas, principio de publicidad, principio de inmediación y principio de oralidad, los primeros tres denominados como principios estructurales del proceso y el resto de ellos entendidos como principios del procedimiento.

En base a ello se tiene que el modelo procesal penal peruano, en la actualidad, ya a puertas de que entre en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 en el distrito judicial de Lima, implica aún una distinción entre los modelos de corte inquisitivo y acusatorio por otro lado, puesto que, durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, el proceso penal común el cual se divide por un lado en una etapa de investigación o también denominada instrucción en la cual prima la escritura difiere del estadío de Juicio Oral, en el cual prima la oralidad; sin embargo el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 se caracteriza principalmente por ser un procedimiento penal que tiene como principio rector, la contradicción, que no es más que, el debate de ambas posiciones jurídicas opuestas entre sí, a efectos de que el Tribunal encargado del análisis de los hechos arribe a una conclusión basada en derecho, la misma que implica el debido respeto por los derechos humanos así como brindar seguridad jurídica por parte del órgano jurisdiccional.

1.1. El Código de Procedimientos Penales de 1940

Una de las manifestaciones de dicho código adjetivo es que el representante del Ministerio Público si bien es cierto desarrolla las llamadas diligencias preliminares, las mismas que tienen por finalidad la realización de actos urgentes e inaplazables que lleven a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, inclu-

yendo a los agraviados, ello a efectos de que pueda formular la denuncia penal correspondiente ante el órgano jurisdiccional, donde el encargado de administrar justicia y actuar con imparcialidad, también desarrolla actos de investigación una vez emitido el auto de apertura de instrucción, el cual contiene, además de los datos de identificación tanto del procesado como del agraviado, los actos de investigación a desarrollar, dentro de ellas la toma de declaraciones, el recabar determinados documentos, tales como pericias de diversa índole u otros que posterior a su realización y remitidos al Fiscal Superior.

Es de precisar que, el Fiscal Superior puede encontrar dentro de su facultad discrecional, la decisión de formular el requerimiento acusatorio correspondiente o en su defecto el requerimiento de sobreseimiento si el caso lo amerite, como es de verse no existe una separación de roles como si está previsto en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, el cual establece expresamente que el encargado de llevar a cabo la investigación en el representante del Ministerio Público, y quien deberá analizar los hechos llevados antes los tribunales en base a los elementos de convicción aportados o dependiendo del estadio procesal, de la prueba aportada, es el Juez Penal.

Asimismo, corresponde precisar que, a diferencia de lo consagrado en el Código de Procedimientos Penales de 1940, donde la potestad de emitir el requerimiento acusatorio o de sobreseimiento recae en el Fiscal Superior, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 estipula que será el Fiscal Provincial quien deberá realizar este acto postulatorio.

1.2. El Proceso Penal en el NCPP del 2004

El Nuevo Modelo Procesal Penal de corte adversarial responde al principio acusatorio, el mismo que implica la separación de funciones atribuidas a las partes intervinientes del proceso penal, entendiendo dentro de este contexto tanto al Fiscal como al Juez de la causa, siendo ello así, es claro que el proceso penal peruano se divide en tres etapas, tales como: La Investigación Preparatoria, La Etapa Intermedia y el Juzgamiento

El objeto de estudio en el presente manual se limitará a la primera de ellas, entendiéndose que la Investigación Preparatoria se sub divide en otras dos etapas, la primera de ellas, denominada Investigación Preliminar o también aludida con la denomina-

ción de etapa prejurisdiccional, en la cual se lleva a cabo el desarrollo de las diligencias preliminares dentro del plazo de ley y la misma que tiene una regulación propia, ello acorde a lo expresado en el artículo 334° del NCPP el cual sostiene que el Fiscal como titular de la acción penal pública puede disponer el inicio de diligencias preliminares o en su defecto el archivo definitivo de los actuados, la segunda sub etapa es la llamada Investigación Preparatoria Formalizada o propiamente dicha, la cual cuenta con un plazo distinto al de la etapa prejurisdiccional y con una regulación establecida en el artículo 342 del NCPP, la misma que una vez culminada y haciéndose emitido un requerimiento acusatorio de por medio, el mismo que es presentado ante el órgano jurisdiccional correspondiente se da inicio a la segunda etapa del proceso penal.

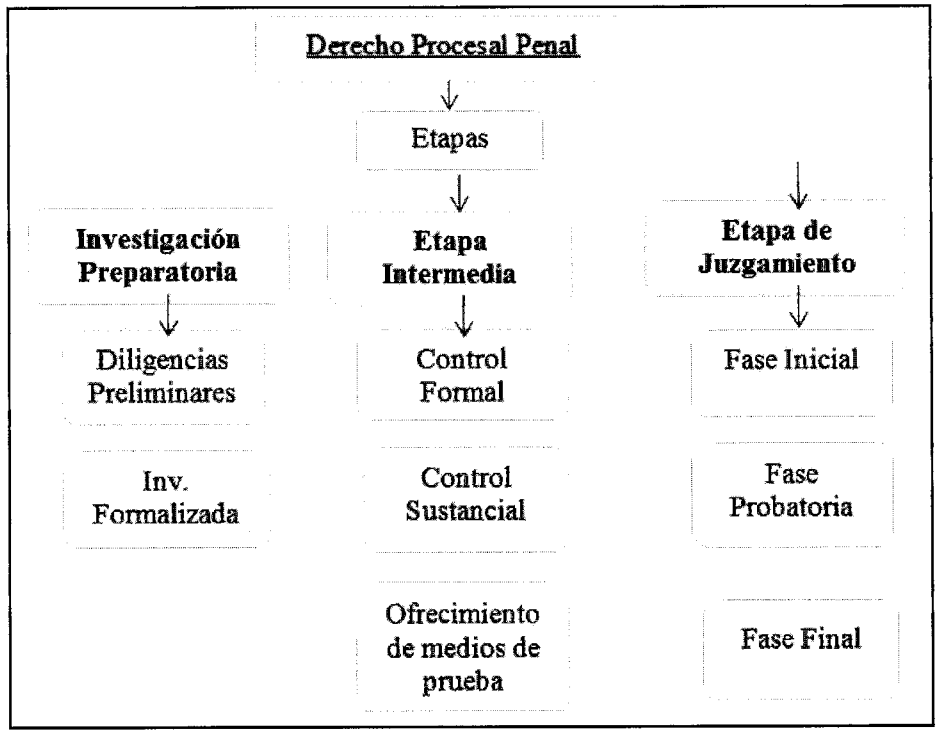
La llamada etapa Intermedia por otro lado debe ser entendida como un estadio procesal de saneamiento en el cual debe efectuarse un control formal, sustancial y probatorio al requerimiento acusatorio presentado por el defensor de la legalidad, ello a efectos de que nuestro sistema penal está orientado a que no toda acusación llegue a juicio oral, muy por el contrario solo aquella que reviste de las exigencias mínimas de una debida imputación, la misma que involucra una imputación fáctica, jurídica y probatoria, merecedora de una sospecha suficiente, la cual es una exigencia idónea para analizar el requerimiento acusatorio

Finalmente el Juicio Oral, debe ser entendido como la etapa procesal destinada a determinar el grado de responsabilidad penal del procesado, o en su defecto excluirlo de tal imputación con un grado ya no de sospecha sino habiendo efectuado un juicio de valor que genere en el Juez cierto grado de sospecha similar al de certeza, del mismo modo si se tuviera cierto margen de duda respecto a su participación en el evento delictivo, y en aras de salvaguardar el debido proceso en aplicación del principio «indubio pro reo» este deberá ser absuelto de los cargos que se le imputan mediante una resolución judicial debidamente motivada desde la premisa menor hasta la premisa mayor.

Tal y como se ha sostenido, nuestro Código Adjetivo responde a una serie de lineamientos propios de un sistema acusatorio, y ello

a su vez exige por parte de los operadores jurídicos el respeto por los valores que inspiran dicho sistema procesal, en ese sentido se tiene que el modelo acusatorio se caracteriza por reconocer la libertad como regla, delimita las funciones de los sujetos procesales y con ello surge la exigencia de que la acusación es sostenida por un sujeto procesal diferente al sujeto procesal que determina la resolución del conflicto jurídico. El imputado, por su parte, en todo momento es considerado como un sujeto de derechos en quien el *principio de presunción de inocencia* se le respeta irrestrictamente. Para ello, también ha quedado instituido el *principio de libertad de prueba*. Con todo ello, el *ius puniendi* del Estado queda delimitado.

El nuevo Código adjetivo se adscribe a este modelo, en el cual la dirección de la investigación se encuentra a cargo del fiscal, mientras que el Juez deviene neutral para resolver el caso sobre la base de la prueba producida en el juzgamiento, en función de la premisa de la confrontación. Es en este marco en el que se ha instituido el *principio de igualdad procesal* o de *igualdad de armas*, operante a lo largo de todo el proceso. El juicio oral es la etapa central del mismo.



1.3. El Juez de Investigación Preparatoria

Una «novedad» dentro del proceso penal, ya en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, es la presencia del Juez Constitucional o también denominado Juez de Investigación Preparatoria, quien formalmente hace su incursión dentro del proceso penal en la Investigación Preparatoria propiamente dicha, velando por el debido respeto de las garantías constitucionales y derechos fundamentales que dotan tanto al procesado como al proceso en si mismo de seguridad jurídica

Sin embargo la actuación del Juez de Garantías también puede ser invocada en el desarrollo de la denominada etapa pre jurisdiccional que no es más que el desarrollo de las diligencias preliminares, ello por medio de las audiencias previas al juzgamiento, es decir las llamadas audiencia de inadmisión de diligencias sumariales, que se presenta en los supuestos que la defensa técnica del procesado solicita al representante del Ministerio Público la realización de determinado acto de investigación, por considerarlo útil, pertinente y conducente para el desarrollo y esclarecimiento de los hechos, y pese a ello el Fiscal decide rechazarlo en ejercicio de su potestad discrecional, audiencia de tutela de derechos, la misma que es desarrollada bajo el supuesto de la afectación a los derechos consagrados en el artículo 71° y 72° del Nuevo Código Procesal Penal y finalmente, la audiencia de control de plazo, la misma que se actúa cuando la defensa considera que el representante del Ministerio Público ha excedido ya sea el plazo razonable o el plazo legal para el desarrollo de sus actuaciones.

1.4. Desarrollo inicial del proceso penal

Existen diversas formas de dar inicio al proceso penal, ya sea por medio de una denuncia de parte, presentada por cualquier miembro de la sociedad ante el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú, quien en ejercicio de sus funciones remite la noticia criminal al titular de la acción penal, otro conducto es por medio de una actuación de oficio por parte del Ministerio Público, quien al evidenciar una actividad penalmente relevante, se avoca al conocimiento de la misma e inicia diligencias preliminares, y finalmente por medio de lo que coloquialmente se conoce como una denuncia por «traslado de información».

El último de los supuestos que permiten al Ministerio Público iniciar las diligencias preliminares se podría ejemplificar en los supuestos que se lleve a cabo una sesión de Juicio Oral en un caso «x», en el cual el hecho materia de imputación y el cual se juzga es el delito de robo agravado; sin embargo del contexto de los hechos, se tiene que al momento de efectuarse la detención flagrante del procesado se encontró en su esfera de posesión cierta cantidad de droga (245 quetes de PBC) y una cantidad de dinero ascendiente a S/650.00 soles, hecho que valga la redundancia precisar no es materia de análisis en el Juicio Oral, sin embargo en el desarrollo de la misma, el procesado en su declaración reconoce que dicha cantidad de droga estaba destinada a la micro comercialización, motivo por el cual el Fiscal presente podría solicitar se remitan copias certificadas de los principales actuados, incluyendo su declaración brindada en Juicio Oral, a la Fiscalía Provincial Penal a efectos de que se lleve a cabo la investigación correspondiente por tal delito.

La calificación de la denuncia es sumamente importante, no solo porque mediante ella se puede evitar dar inicio a un proceso de investigación para aquellos supuestos en los que la veracidad de la denuncia puede ser desvirtuada fácilmente, o cuando el caso no es competencia de la vía penal, o no es posible obtener mayores elementos de convicción; sino porque, además, la facultad del fiscal de archivar los actuados solo se puede dar hasta antes de la formalización de la *investigación preparatoria*. Luego de tal disposición se tendrá que realizar una *Audiencia de Control de Sobreseimiento* y solo con la anuencia del juez la causa podrá ser archivada.

Cuando el representante del Ministerio Público toma conocimiento de la noticia criminal, tiene dos alternativas, una de ellas es, si considera que el hecho es relevante penalmente y merecedor de una sospecha simple, ello en relación a la Sentencia Plenaria 1-2017-CIJ-433, poder emitir la disposición de inicio de diligencias preliminares, con la cual, formalmente se da inicio a una etapa que en palabras del Tribunal Constitucional es denominada como pre jurisdiccional[2], a efectos de realizar actos de investigación que permitan determinar la ilicitud del hecho denunciado, para posteriormente contar con una imputación formal de carácter provisional, consistente en la exis-

[2] EXP N°05350-2009-PHC-TC- FUNDAMENTO

tencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel, medio, de acreditación.

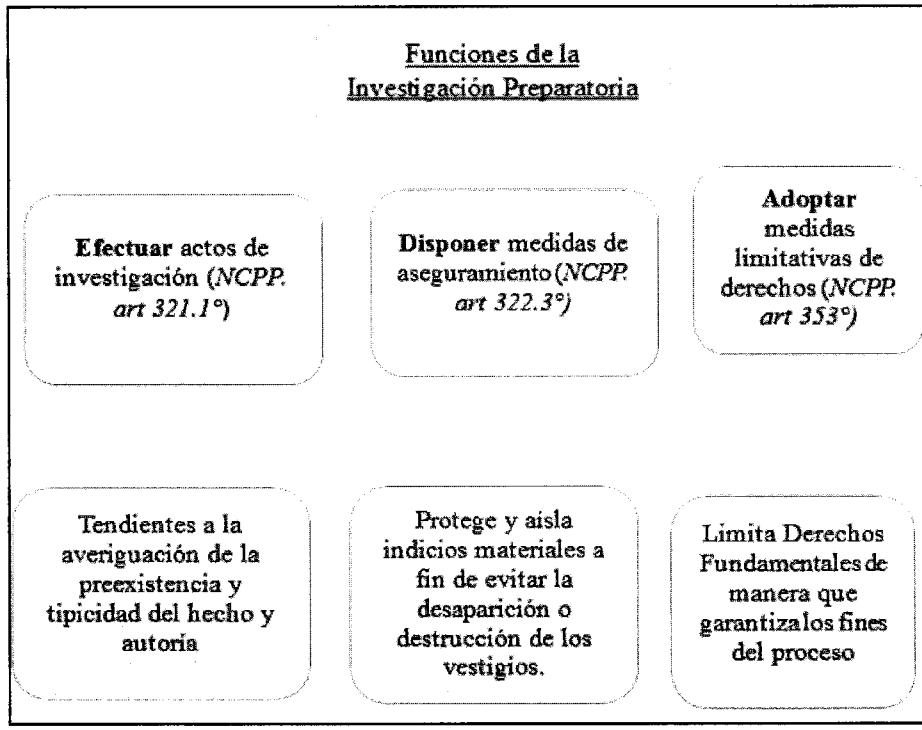
La disposición de inicio de diligencias preliminares, deberá contener un relato breve del hecho materia de imputación, los datos del denunciante, los actos de investigación a realizar, determinar el plazo legal a emplear para el desarrollo de las diligencias programadas.

Si al término de la realización de los actos de investigación encomendados a los miembros de la Policía Nacional y una vez recepcionado el Informe Policial, el Fiscal considera que tiene suficientes elementos de convicción que lo ayuden a sostener en el futuro, su teoría del caso, este podrá emitir la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, con lo cual se dará inicio a una «nueva» etapa del proceso penal, denominada, la Investigación Preparatoria Formalizada o propiamente dicha; sin embargo si considera que aún no ha reunido los elementos necesarios para sostener una hipótesis incriminatoria, podrá ampliar el plazo de investigación, si se encuentra dentro del marco legal claro está y de esta forma poder llevar a cabo los actos de investigación que considere útiles, pertinentes o conducentes a nivel Fiscal, o si considerara que con lo recabado hasta ese momento, el hecho no es relevante penalmente o no constituye delito, podrá emitir la disposición de archivo de los actuados, abriendo así una posibilidad para la parte afectada con esta decisión la de interponer un recurso de queja.

Es decir en caso de que arribe a la conclusión de que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, por las causales expuestas en el artículo 334°, inciso 1, del NCPP, ordenará el **archivo** de la denuncia. En estos casos la decisión del fiscal, si es que no fuera recurrida ante el superior dentro del plazo establecido por ley (artículo 334°, inciso 5, del NCPP), adquirirá la **calidad** de disposición consentida.

Es importante destacar que las disposiciones del fiscal de archivamiento del caso implican la imposibilidad de que dicho caso pueda ser promovido por otro fiscal. Excepcionalmente, la norma

deja abierta la posibilidad de reabrir la investigación si es que se aportan nuevos elementos de convicción o se acredita que la denuncia no fue debidamente investigada (artículo 335° del NCPP).



1.5. El recurso de queja

Durante el proceso penal y a efectos de salvaguardar el debido proceso el legislador ha considerado pertinente otorgar a la figura procesal de «queja de derecho» efectos similares al de un recurso de apelación, con la distinción que este se tramite a nivel fiscal, precisamente ante el Fiscal Provincial que en su momento decidió archivar los actuados, el mismo que efectuara un control de admisibilidad de conformidad con el inciso 5° del artículo 334° del NCPP el cual regula la calificación de la Investigación Preparatoria, en ese sentido, se dispone lo siguiente:

Art 334. Calificación

(...)

5. El denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar

provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior.

De esta forma, se otorga al agraviado con dicha resolución fiscal, la posibilidad de interponer dentro del 5 día de notificado dicha decisión, el recurso de queja de derecho, ello a efectos que el Fiscal Provincial eleve los actuados al Superior Jerárquico Inmediato, quien deberá considerar diversos factores que lo lleven a tomar tres tipos de decisiones distintas, una primera posibilidad es confirmar el archivo de la investigación ya sea adoptando los mismos argumentos del Fiscal Provincial o empleando una lógica distinta, en ese orden de ideas declarara infundada la queja de derecho interpuesta, otra posibilidad es declarar fundada la queja de derecho interpuesta y por ende ordenar al Fiscal Provincial que archivo los actuados inicialmente ampliar la investigación, realizando los actos de investigación que el Fiscal Superior precisara en su resolución, finalmente si el Superior Jerarquico considera que de lo recabado en la investigación preliminar existen indicios suficientes de la presunta comisión de un delito y que la acción penal no ha prescrito podrá disponer que se formalice la investigación preparatoria.

Existen diversos factores por los cuales el Superior Jerárquico podría disponer la ampliación de una investigación fiscal, estos en el marco que la investigación preliminar haya sido considerada deficiente, o cuando llegaran a surgir nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad o de acreditarse irregularidades en la investigación preliminar.

La base legal de la necesidad de establecer medios idóneos para solicitar un reexamen de la decisión tomada por el órgano jurisdiccional obedece a una exigencia constitucional que se desprende de los derechos de Tutela Jurisdiccional Efectiva y Pluralidad de Instancias, contenidos en los inciso 3 y 6 del Artículo 139° de la Carta Constitucional vigente, respectivamente.[3]

Y a efectos de garantizar a las personas que lo resuelto en primera instancia, sea revisado por un órgano superior, la Ley Orgánica del Ministerio Público, en su Artículo 12°, regula el ejer-

[3] NEYRA FLORES, José Antonio, «Tratado de Derecho Procesal Penal», Tomo I, Lima, Idemsa, Junio 2015. Pág. 555

cicio de dicho derecho dentro de las investigaciones prejurisdicionales que realiza el Ministerio Público; asimismo, tal derecho se encuentra expedito con la entrada en vigencia el artículo 334° inciso 5 del Código Procesal Penal, el cual valga la redundancia ya ha sido precisado líneas arriba y que señala que *«el denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior»*[4].

En ese entendido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, señala que las resoluciones fiscales de archivo definitivo de denuncias se distinguen por sus fundamentos, nomenclatura y efectos de dos tipos:

> (...)
>
> 1. Resoluciones Fiscales que declaran No ha lugar a formalizar denuncia penal[5], las mismas que por fundamentarse en la atipicidad de los hechos, una vez firmes constituyen cosa decidida, que las hacen pasibles de seguridad jurídica, pues clausuran definitivamente la posibilidad de que la misma u otra Fiscalía Provincial penal aperture investigación o formalice denuncia penal sobre los mismos hechos declarados atípicos.
>
> 2. Resoluciones Fiscales que declaran que No hay mérito para formalizar denuncia penal, las cuales habiendo sido expedidas por falta o déficit de elementos de prueba o ante la ausencia de algunos de los requisitos de procedibilidad, no constituyen cosa

---

4 *Conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1206.*

5 *«Este Tribunal afirma que la decisión fiscal de «No ha lugar a formalizar denuncia penal», en los términos precisados anteriormente genera un estatus inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el articulo 159° de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide que persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio público no están revestidas de la calidad de cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de cosa decidida que las hace plausibles de seguridad jurídica. (Exp. N° 0413-2000-AA/TC FJ).*

juzgada, y son pasibles de reapertura, ante la configuración de los requisitos de procedibilidad, o la aparición de nuevos indicios o elementos de juicio, conforma lo expuesto en la sentencia antes glosada (...)[6]

Es así que, cual fuera el argumento empleado por el Fiscalía Provincial, ambas se encuentran protegidas por el derecho de pluralidad de instancias, toda vez que, el Tribunal Constitucional ha establecido que se trata de un derecho fundamental que tiene por objeto garantizar que las personas naturales o jurídicas que participan en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes dentro del plazo legal establecido[7]. En esa medida, el derecho a la pluralidad de instancias guarda también estrecha conexión con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el Artículo 139° inciso 14 de la Constitución Política del Perú[8].

Por otro lado, para decidir que los hechos materia de queja deban ser postulados ante el órgano jurisdiccional, a través de la formalización de denuncia, previamente debe calificar si de la evaluación de los elementos de juicio recabados durante la investigación preliminar se aprecia la existencia de una causa probable de persecución penal; y que, asimismo, se presenten los siguientes presupuestos de procedencia de la acción: «(...) i) Indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, ii) Se haya individualizado a los presuntos autores y/o partícipes, y iii) Se haya individualizado a los presuntos autores y/o partícipes, y iii) La acción penal se encuentre expeditiva, esto es que no haya pres-

---

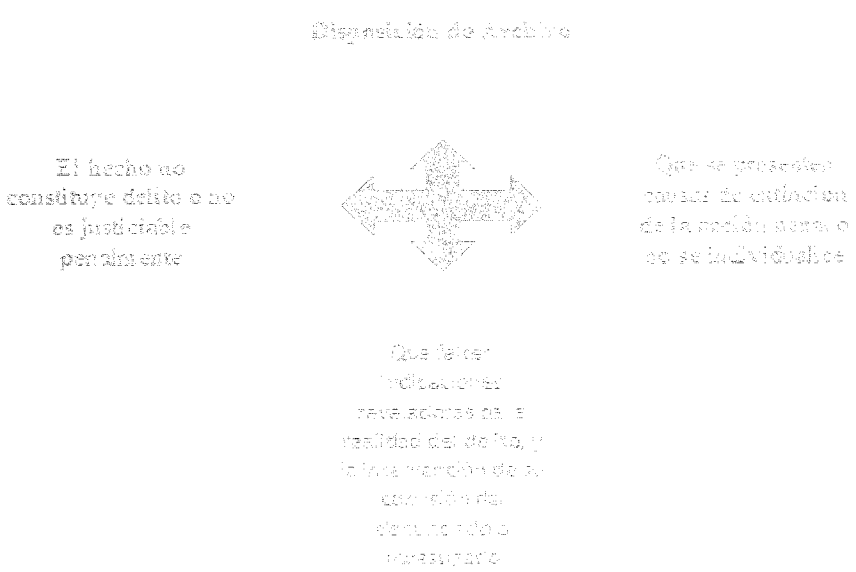
[6] *Distinto sería el caso, si el motivo de archivamiento fiscal de una denuncia, se decidiese por déficit o falta de elementos de prueba, por cuanto la existencia de nuevos elementos probatorios, no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, siempre que los mismos revelen la necesidad de una investigación del hecho punible y el delito no haya prescrito.*

[7] *Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0607-2009-PA/TC.*

[8] *Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 4235-2010-PHC/TC.*

crito...»; caso contrario, de no verificarse la concurrencia de tales presupuestos de procedencia, se declarará su improcedencia[9].

En su defecto, cuando de los hechos materia de investigación no se desprendan indicios razonables de la presunta comisión del ilícito penal, corresponde emitir la disposición de archivo; sin embargo no es la única causal bajo la cual se podrá disponer dicha decisión existen otras, las cuales se encuentran graficadas en el siguiente diagrama.



El *principio acusatorio* también supone el ejercicio ilimitado e irrestricto del derecho de defensa, así como el reconocimiento de ser informado de la imputación y de los derechos que le asisten como tal. También a contar con el tiempo suficiente para que prepare su defensa, lo que implica que el ordenamiento jurídico habrá de establecer las cautelas suficientes, a fin de que nadie «se siente en el banquillo» de una manera sorpresiva, o dicho en otras palabras, se hace conveniente que el sujeto pasivo del proceso penal, con anterioridad a la adquisición del estatus de acusado, asuma mejor el de imputado.

---

[9] Artículo 77°-A del Código de Procedimientos Penales, que fue incorporado por el Decreto Legislativo N° 1206, publicado el 23 de septiembre de 2015 en el Diario Oficial «El Peruano».

En este orden de ideas, la estructura del nuevo proceso penal se edifica sobre la base del modelo acusatorio, cuyas grandes líneas rectoras son la separación de funciones de investigación y juzgamiento y la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso[10].

De esta manera, la investigación penal estará a cargo del fiscal y la decisión final a cargo del juez. Es por ello que el artículo IV.3 del Título Preliminar del NCPP señala que los actos que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional[11].

El carácter no jurisdiccional de la investigación preparatoria es relevante para discernir qué es materia de valoración, pues los elementos de convicción que se colecten en dicha fase no servirán para fundar una sentencia, dado que los actos de prueba se producen en el juicio, salvo las excepciones señaladas en el artículo 393.1[12].

Así, se reestructura el proceso penal, estableciendo un procedimiento común u ordinario que se desarrollará conforme a los *principios de contradicción* e *igualdad de armas*, bajo la vigencia de las garantías de la oralidad, la inmediación y la publicidad.

En ese sentido, el nuevo sistema presenta como principales características las siguientes:

- La separación de funciones de investigación y de juzgamiento.
- El desarrollo del proceso conforme a los principios de contradicción e igualdad.
- La garantía de oralidad, como la esencia del juzgamiento (facilita los principios de publicidad, contradicción e inmediación).
- La libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.

---

[10] CUBAS VILLANUEVA, Víctor, El Nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal?, Justicia Viva, Lima, 2004, p. 25.
[11] TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al NCPP, Grijley, Lima, 2004, p. 13.
[12] *Ibídem.*

- El proceso penal se divide en tres fases: investigación preparatoria, fase intermedia y juzgamiento[13].

Con la adopción del sistema procesal acusatorio y la estructura del proceso penal común, tanto el Ministerio Público cuanto los órganos jurisdiccionales, deberán asumir plenamente las competencias exclusivas y excluyentes que la Constitución les asigna. El nuevo Código contiene una amplia regulación de las garantías procesales. Se regula integral y sistemáticamente en un solo cuerpo normativo la actividad procesal, el desarrollo de la actividad probatoria y las medidas de coerción real y personal[14].

Características del nuevo proceso penal

- Separación de funciones de investigación y de juzgamiento.
- Desarrollo del proceso conforme a los principios de contradicción e igualdad.
- Garantía de oralidad, como la esencia del juzgamiento (facilita los principios de publicidad, contradicción e inmediación).
- Libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.
- División en tres fases: investigación preparatoria, fase intermedia y juzgamiento.

El nuevo sistema introduce mecanismos de simplificación procesal que se instrumentalizan con la negociación penal: el nuevo Código regula procedimientos como el de acuerdos reparatorios, el aplicable al *principio de oportunidad*[15] (artículo 2°), juzgamiento de acusado confeso (artículo 372.2.°), proceso inmediato (artículo 446°), proceso de terminación anticipada (artículo 468°), proceso de colaboración eficaz (artículo 472°), conclusión anticipada y proceso de faltas (llamado «desistimiento» y «transacción»).

---

[13] Conforme al ACPP de 1940, vigente a la fecha el proceso penal se divide en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juzgamiento (público y oral).

[14] CUBAS VILLANUEVA, Víctor, op. cit., p. 27.

[15] Este principio ya fue incorporado en el NCPP de 1991, que asumía el sistema acusatorio garantista.

1.2. Los principios constitucionales en el nuevo Código Procesal Penal

1.2.1. Los principios procesales

Los *principios* o *garantías procesales penales* son mecanismos constitucionales que rodean a las partes, a fin de hacer prevalecer sus derechos reconocidos a nivel constitucional y de normas primarias, sosteniendo, a la vez, el proceso penal. Así, por ejemplo, tenemos el derecho que tiene el procesado a un juicio oral contradictorio y público, o los *principios del debido proceso*, tales como el de juicio previo, derecho de defensa, tutela jurisdiccional efectiva; todos los cuales se encuentran expresamente previstos, reconocidos y protegidos por nuestra Carta Política, en condición de *principios y derechos de la función jurisdiccional*, en los artículos 138° y 139°.

En el sistema procesal penal peruano, hasta antes de la puesta en vigencia del NCPP, mediante el Decreto Legislativo N° 957, del año 2004, estuvo vigente el antiguo Código de Procedimientos Penales (ACPP) —cuerpo normativo procesal eminentemente inquisitivo de 1939, que fue promulgado en 1940— que no regulaba los referidos principios a cabalidad.

Flor TAMAYO MONTES entiende como *principios procesales penales* a aquellas proposiciones científicas que, incorporadas o no a la legislación positiva, la inspiran y la complementan, pretendiendo tener validez general en condiciones y épocas determinadas, esto es, que son la base general de la política procesal penal de un Estado en un momento histórico determinado, base sobre la cual estriban los actos procesales que informan el contenido de las normas que rigen el proceso penal, llegando incluso a incorporarse como máximas jurídicas: «Sin el respeto debido a las garantías, no habría proceso justo», «sin el respeto a los principios, no habría proceso claro y efectivo»[16].

RECUERDA

Los *principios procesales penales* son aquellas proposiciones científicas que, incorporadas o no a la legislación positiva, la inspi-

[16] HUAMÁN GARCÍA, Isabel, et al., Principios del Derecho Procesal Penal, 1.ª ed., Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2004, pp. 22. y 190.

ran y la complementan, pretendiendo tener validez general en condiciones y épocas determinadas, esto es, que son la base general de la política procesal penal de un Estado en un momento histórico determinado, base sobre la cual estriban los actos procesales que informan el contenido de las normas que rigen el proceso penal, llegando incluso a incorporarse como máximas jurídicas.

1.2.2. Principio de oralidad

Aun cuando consideramos que no es un principio sino una herramienta o instrumento de comunicación, la oralidad se manifestará, en casi todo el proceso penal regulado por el NCPP de 2004, debido a que dicha norma trae un *formato deaudiencias* como mecanismo para resolver los problemas que suscita el procedimiento tanto en la etapa de investigación preparatoria, como en la etapa intermedia. Por ejemplo, la audiencia de control de plazo, la audiencia de tutela de derechos, la audiencia de prisión preventiva, la audiencia de control de acusación, etc. Asimismo, en el juicio oral se manifestará plenamente la comunicación y producción de prueba de manera plenamente oral. La escrituralización se descarta, no se admiten ni presentaciones ni argumentaciones por escrito. Los actos procesales del inicio, desarrollo y finalización del juicio se realizarán utilizando como medio de comunicación la palabra proferida oralmente; esto es, el medio de comunicación durante el juzgamiento viene a ser, por excelencia, la expresión oral. El debate contradictorio durante las sesiones de la audiencia, así como la producción probatoria, son desarrolladas mediante la oralidad como medio idóneo y natural de la comunicación humana. Todo ello, asegura transparencia.

La necesidad de la oralidad de la audiencia es indiscutible, en tanto se requiere el debate entre los intervinientes. Por ello, está íntimamente ligado al llamado *principio de inmediación*, porque es mediante la producción probatoria que el juez, unipersonal o colegiado, mantiene la inmediación de lo producido para llegar a la valoración y convicción sobre las teorías del caso de los intervinientes en el contradictorio. Es fundamental que exista inmediación con las partes, pero más importante aún es la inmediación con la prueba.

Algunos tratadistas, como Alberto BINDER, cuya opinión suscribimos, señalan que la oralidad, más que un principio, se constituye como un instrumento, un mecanismo para garantizar ciertos principios básicos del juicio oral. En especial, la oralidad sirve, articula y preserva el *principio de inmediación*, la *publicidad del juicio* y —como manifestamos líneas arriba— es el medio natural de la comunicación humana[17].

Entre la oralidad y la inmediación existe una relación bidimensional, pues, el modo de presentarse en juicio siempre estará premunido de lo que se quiera obtener del proceso, sea un interés de alcanzar la verdad en el caso del juez, y meridianamente del fiscal, o de proteger los intereses personalísimos del imputado, tercero civil responsable o agraviado, frente a la forma de situar a las partes en la adquisición y la producción de los medios de prueba.

1.2.3. Principio de inmediación

El *principio de inmediación* surge en este NCPP en toda su plenitud, tanto en las audiencias preliminares al juicio oral (que se desarrollan a lo largo de la etapa de investigación preparatoria), como en la etapa intermedia (debido a que, tanto el juez de la investigación preparatoria, como el juez de fallo unipersonal o colegiado); a través de este principio podrán conocer directamente las posiciones de los sujetos adversos. Asimismo, existe la inmediación con las fuentes de información; sin embargo, su utilidad es relativa, pues sus apreciaciones respecto a la credibilidad, o no siempre serán subjetivas y difícilmente podrán ser utilizadas como argumento de la sentencia; a pesar de ello es útil esta inmediación, por las preguntas de aclaración que el Juez puede realizar a los testigos y los peritos.

Julián LÓPEZ MASLE señala que el *principio de inmediación* es aquel por el cual se exige que el órgano jurisdiccional, a cargo de la solución de un conflicto penal, falle en atención a los medios probatorios que han sido rendidos frente a él[18].

---

[17] BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Editorial Ad Hoc S. R. L., Buenos Aires, 2000, pp. 100 y 364.

[18] HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal chileno*, Imprenta Salesianos, Santiago de Chile, 2002, T. I, pp. 96 y 637.

Comprende dicho principio dos aspectos:

a. **Inmediación formal:** según Roxin[19], el tribunal que dicta la sentencia debe haber observado por sí mismo la recepción de la prueba, sin poder dejar esta actividad a cargo de otras personas.

b. **Inmediación material:** según Roxin[20], el tribunal debe extraer los hechos de la fuente por sí mismo, sin que pueda utilizar equivalentes probatorios.

1.2.4. Principio de presunción de inocencia

El NCPP consagra la existencia del *principio de presunción de inocencia*, deducible de los tratados internacionales ratificados por nuestro país. El respeto irrestricto de este principio constitucional implica la existencia de la regla de la libertad del imputado, empero, solo como excepción a la misma y en probada situación de *ultimaratio*, permitirá imponer medidas gravosas que mermen derechos fundamentales del procesado. Es en esta línea que existe, por ejemplo, el mecanismode la prisión preventiva.

En un pasado no tan lejano, los jueces al imponer la medida coercitiva personal de prisión preventiva judicial, mandato de detención, además de no motivar su decisión, la imponían mecánicamente, sin prever que ella debía aplicarse únicamente como último recurso.

Ahora bien, en virtud del principio consagrado en el Título Preliminar del NCPP, ninguna persona será considerada ni será tratada como culpable, en tanto no fuese condenada con sentencia firme; es decir, nadie, bajo ningún aspecto, puede recibir el trato de culpable si no es solo en virtud de sentencia ejecutoriada.

Los alcances de este principio están ligados, de manera conexa y lógica, con el *principio de libertad en el proceso*. De aquí se desprende, por ejemplo, que todos los efectos extraprocesales del auto de procesamiento (que desaparece en virtud del NCPP), sean del rango

---

[19] Citado por HORVITZ LENNON / LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal chileno*, cit., p. 96.

[20] Citado por HORVITZ LENNON / LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal chileno*, cit., p. 96.

que fueran (constitucionales o legales), deberían entenderse derogados. Es decir, la pena penal resulta ser el fin de las sanciones y es por esta razón que no deberían aplicarse *sanciones previas* anexas a la persona solo por su calidad de imputado; o sea, toda medida coercitiva de tipo personal es solo para *facilitar la investigación, asegurar prueba, cautelar y dar protección tuitivo-coercitiva.*

Este principio se encuentra amparado en diversas normas internacionales, como por ejemplo: en el artículo 11°, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 8°, inciso 2, del Pacto de San José de Costa Rica; en el artículo 14°, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el artículo 2°, inciso 24, de la Constitución Política del Estado.

A este respecto, señala expresamente el artículo II del Título Preliminar del NCPP lo siguiente:

> ***Artículo II: Presunción de inocencia***
>
> Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.
>
> En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.
>
> Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

Referente a este principio constitucional que protege a todo imputado que sufre el *ius puniendi* estatal, la profesora Fanny QUISPE FARFÁN[21] ha efectuado una adecuada clasificación para los efectos de este principio:

---

[21] QUISPE FARFÁN, Fanny Soledad, *El Derecho a la Presunción de Inocencia*, Serie Derechos y Garantías, n.° 2, Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 39 y ss.

* ***In dubio pro reo*:** implica que en caso de incertidumbre por parte del juzgador, en relación a la responsabilidad del procesado, atendiendo a que no existe suficiente material probatorio que lo determine a la convicción sobre tal responsabilidad, debe proceder a la absolución, por la simple razón de que la presunción de inocencia no ha sido destruida.
* **Carga de la prueba:** significa que como el imputado tiene a su favor la presunción de su inocencia, el llamado a destruir dicha presunción, a través de prueba de cargo suficiente, es el fiscal.
* **Necesidad de una mínima actividad probatoria:** requiere que el Ministerio Público haya llevado a cabo suficientes y razonables actos de investigación, y que los medios de prueba obtenidos sean actuados judicialmente en un proceso público, oral y contradictorio.
* Excepcionalidad de las medidas coercitivas: las medidas coercitivas, sobre todo las que impliquen limitación a la libertad individual, deben responder, ente otros principios, al de excepcionalidad y necesidad, a fin de no constituirse en medidas sancionadoras, que implicarían una vulneración al principio de presunción de inocencia. Las medidas cautelares deben responder a los fines del proceso. De aquí nacen los criterios de prueba suficiente, necesidad y temporalidad que rigen la actividad cautelar.

Como advierte la profesora QUISPE FARFÁN, la vulneración del *principio de presunción de inocencia* trae como consecuencia la vulneración del honor de las personas que se verían afectadas en los roles sociales que cumplen; por ello, una persona, por más que esté siendo procesada, debe ser considerada y tratada como inocente, en tanto no recaiga sobre ella una sentencia judicial firme que determine lo contrario. No basta con un reconocimiento normativo de tal principio.

La *presunción de inocencia* constituye para unos un derecho y para otros una garantía. Siguiendo al español Jaime VEGAS TORRES, citado por César SAN MARTÍN CASTRO,[22] presenta tres alcances:

[22] SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, t. I, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1999, p. 67.

1) Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.

2) Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.

3) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

La *presunción de inocencia* como cualquier presunción normativa, tiene la naturaleza de ser *iuris tantum,* es decir, acepta prueba en contrario. Actualmente se ha aceptado que las llamadas presunciones *iure et de iure* no son, en buena cuenta, presunciones, ya que al no poderse probar en su contra se constituye ya en normas imperativas.

La actividad probatoria tiene incidencia directa sobre el principio de presunción de inocencia, en tanto que para destruir dicha presunción se exige el despliegue de una actividad probatoria mínima (pruebas de cargo) y que estas se actúen o practiquen en juicio; que las pruebas se hayan practicado con las debidas garantías procesales; y, que las pruebas hayan sido valoradas libremente con criterio de conciencia por Jueces ordinarios, independientes e imparciales.

1.2.5. Principio acusatorio

Este principio se encuentra previsto en el artículo 356°, inciso 1, del NCPP, el cual prescribe lo siguiente: «El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los

Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú».

El *principio acusatorio* se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina «acusación». Debe entonces existir una acusación previa y válida. Sin este requisito, que asume la naturaleza de *conditio sine qua non* no podría haber juicio oral. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia vinculante (congruencia procesal). Entonces, sin previa acusación es imposible, jurídicamente hablando, el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio.

El *principio acusatorio* reconoce nítidamente la separación de roles y atribuciones de los sujetos procesales para el desarrollo del proceso penal. Al fiscal le corresponde la función persecutoria del delito, por ello es el titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba, conduce la investigación desde su inicio y está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esa finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

Al Poder Judicial, como órgano jurisdiccional, le corresponde la función decisoria, la función de fallo; controla la *etapa de investigación* y dirige la *etapa intermedia* y la *etapa de juzgamiento*, así como le corresponde resolver los conflictos de contenido penal, expidiendo las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley, conforme lo estipulado en los artículos IV y V del Título Preliminar del NCPP.

Bajo este orden de ideas, el persecutor penal, investiga y requiere, y las decisiones jurisdiccionales son tomadas por un juez imparcial, una especie —sin serlo— de árbitro entre las partes que controla y decide, preservando la efectiva vigencia de la imparcialidad judicial. Con esto se debe poner fin a la situación de caos procesal, creado por la confusión de roles existente con el antiguo ordenamiento.

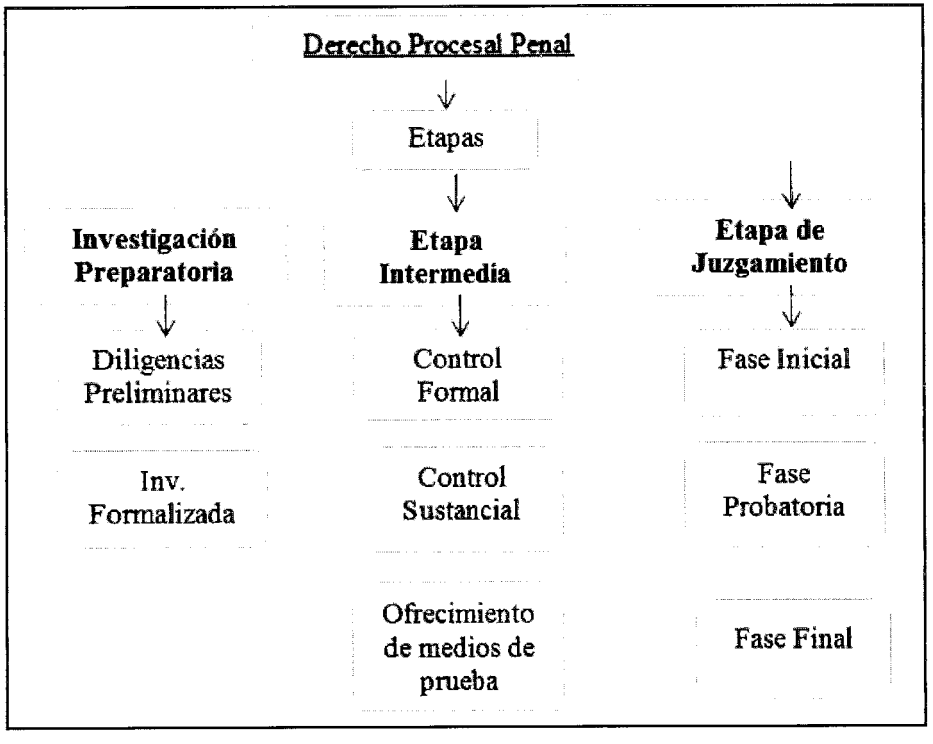
El *principio de división de poderes* o *división de roles* que articula el *principio acusatorio*, restringe la tarea de los jueces a funciones es-

trictamente contraloras y decisorias, propias del Poder Judicial. En este esquema el juez asume su rol de garante de la vigencia plena de los derechos de las personas.

Concluyentemente, entre la función persecutoria y jurisdiccional existe una gran diferenciación normativa y práctica. Por ello, el titular de la potestad persecutoria del delito, de la pena y del ejercicio público de la acción penal es el Ministerio Público; en tanto que al Poder Judicial le corresponde exclusivamente controlar la *etapa de investigación* y dirigir la *etapa intermedia* y la *etapa del juzgamiento*, así como decidir sobre los incidentes y requerimientos.

1.3. El proceso penal común

Las etapas del proceso penal común se grafican a continuación:



II
ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

2.1. Introducción

La actividad previa y de preparación al juicio oral es la *investigación preparatoria*, la cual es una actividad investigativa que reemplaza en la práctica a la etapa de instrucción del antiguo proceso penal (procedimiento ordinario del ACPP)[23]. Esta actividad previa debe ser eficaz pero respetuosa de las garantías fundamentales de todo imputado[24]. Es eminentemente creativa y es precisamente por ello que, a través de la búsqueda de todos aquellos indicios suficientes que aportarán la información que acabe con tal incertidumbre, se tratará de superar el estado de incertidumbre que se genera a través de la *notitiacriminis*.

En esta actividad de investigación se buscarán las fuentes de prueba o evidencias mediante procedimientos permitidos por la ley, es decir obtenidos sin violentar los derechos fundamentales del imputado. En todo caso, solo cabe afectar tales derechos fundamentales en los casos permitidos expresamente por ley y de la forma establecida por ella y siempre con control judicial, *ante* o *pos*.

El representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal pública y defensor de la legalidad, es el director responsable de la investigación preparatoria, tanto de las *diligencias preliminares* como de la *investigación formalizada*[25]. Debe, a través de esta

---

[23] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, Introducción al Nuevo Proceso Penal, Editorial Idemsa, Lima, 2005, p. 63.

[24] RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, et al., Manual de la Investigación Preparatoria del Proceso Penal Común, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, Lima, 2008, p. 33.

[25] SAN MARTÍN CASTRO, César, Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en el Perú. Conversatorio Internacional sobre Experiencias de Reforma de la Administración de Justicia, 21 y 22 de agosto de 2003, p. 10.

actividad investigativa, reunir todos los elementos de convicción suficientes, a fin de poder sustentar posteriormente su acusación, no solo ante el juez de la *investigación preparatoria* en la *etapa intermedia*, sino también ante el juez unipersonal o colegiado —según sea el caso—, en la *etapa del juicio oral*, toda vez que su función no solo es denunciar y acusar, sino además sostener y probar su acusación.

La característica principal del sistema procesal penal acusatorio, el mismo que inspira el NCPP del 2004, es la separación de funciones entre quien investiga y acusa y el encargado de emitir un pronunciamiento en base a los hechos, de ello se desprende que el representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal pública y defensor de la legalidad, es el director responsable de la investigación preparatoria, tanto de las *diligencias preliminares* como de la *investigación formalizada*, esta última con ciertas limitaciones de su facultad discrecional[26]. Debe, a través de esta actividad investigativa, reunir todos los elementos de convicción suficientes, a fin de poder sustentar posteriormente su acusación, no solo ante el juez de la *investigación preparatoria* en la *etapa intermedia*, sino también ante el juez unipersonal o colegiado —según sea el caso—, en la *etapa del juicio oral*, toda vez que su función no solo es denunciar y acusar, sino además sostener y probar su acusación.

Según el profesor Pablo TALAVERA, «la investigación es preparatoria porque persigue reunir elementos de convicción necesarios para determinar si hay causa probable o base suficiente para iniciar juicio oral»[27].

El objetivo de la investigación será concretamente determinar si la conducta incriminada se produjo, si es delictuosa, si se puede vincular con ella al imputado y, de ser así, las circunstancias o móviles de su comisión y la existencia del daño que generó el hecho delictivo.

Aunado a ello, resulta menester precisar que la Investigación Preparatoria, tal como se ha señalado en párrafos precedentes, se

---

[26] SAN MARTÍN CASTRO, César, Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en el Perú. Conversatorio Internacional sobre Experiencias de Reforma de la Administración de Justicia, 21 y 22 de agosto de 2003, p. 10.

[27] TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Estudio introductorio. Explicación panorámica del nuevo proceso penal peruano*, en: BEYTELMAN A., Andrés y J. Mauricio DUCE, *Litigación Penal y Juicio Oral y Prueba*, Editorial Alternativas, Lima, 2005, p. 22.

subdivide en dos subetapas, la primera de ellas es la denominada Investigación Preliminar, la misma que reviste un carácter prejurisdiccional, con una regulación propia, la cual se encuentra establecida en el artículo 334° del NCPP, sin embargo el cuestionamiento planteado por esta catedra se centra en dos puntos rectores, el primero de ellos es, si toda investigación preliminar debe responder únicamente a un único plazo, ello en referencia al plazo legal, o si este podrá adecuarse a la naturaleza de la investigación, como segundo cuestionamiento se plantea si las diligencias preliminares deberán estar destinadas exclusivamente a la realización de actos de investigación de carácter urgente e inaplazable.

Con el nuevo modelo procesal en la investigación preparatoria, se deben obtener también las pruebas de descargo, que puedan determinar el grado de inocencia de la persona a la que se le imputa un delito. Esto último, debido a que el fiscal, además de ser el titular del ejercicio de la acción penal, es también director de la investigación y actúa con objetividad. Lo que implica, que si el fiscal encuentra elementos de prueba que determinen la inocencia o un menor grado de participación en el delito, está en la obligación de presentarlas al juzgador, puesto que de no hacerlo, su labor será cuestionada por faltar a sus deberes y contravenir con criterios de protección constitucional, más aún que la objetividad del actuar fiscal está ahora expresamente advertida en al Título Preliminar del NCPP.

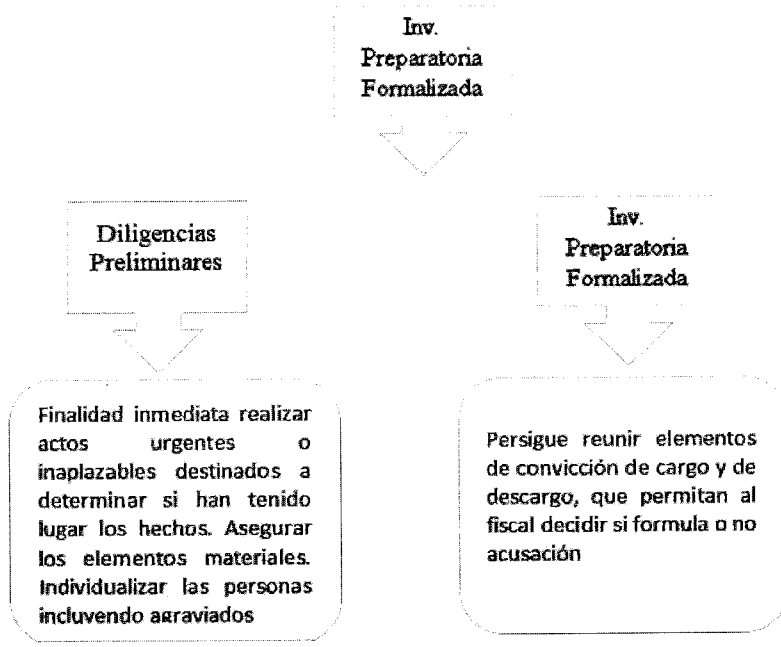
El Ministerio Público, además de contar con la Policía Judicial como ente coadyuvador de la investigación, también podrá recurrir a otras entidades, como el Sistema Nacional de Control, el Instituto de Medicina Legal y a todos los órganos del Estado, que por su naturaleza puedan aportar medios útiles al mejor esclarecimiento de los hechos y a la determinación de responsabilidades, tales como Indecopi, Sunarp, Sunat, Conasev, UIF, entre otras, incluidas entidades como los colegios profesionales para labores de peritajes, universidades, ya sean públicas o privadas, institutos, etc., todos los cuales están obligados a proporcionar los informes y estudios que le sean requeridos.

Bajo los criterios del nuevo sistema penal, el fiscal puede investigar sin la intervención de la Policía Judicial si así lo decide, por lo que realizaría por sí mismo diligencias preliminares en su despacho;

asimismo, la fiscalía puede ordenar la realización de medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, con fines de investigación, en casos urgentes e inaplazables (dichos actos están sujetos a la posterior confirmación del juez)[28]

Cualquier equipo interdisciplinario de investigación científica, para casos específicos, actuará siempre bajo la dirección del fiscal y estará compuesto por profesionales de distintas materias. El apoyo también puede venir de la colaboración gratuita de alguna persona, organismo no gubernamental o de personas jurídicas sin fines de lucro, para la realización de una investigación determinada que no tenga interés en el caso en cuestión, quienes previa evaluación, bajo la dirección y supervisión del fiscal, podrán realizar las tareas de apoyo expresamente señaladas.

En el informe policial (que reemplaza al viejo y desfasado atestado policial), los miembros de la Policía Nacional que lo elaboren se abstendrán de calificar jurídicamente los hechos investigados, así como de imputar responsabilidades.



[28] MÁVILA LEÓN, Rosa, El nuevo Sistema Procesal Penal, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 125.

2.2. Reserva y secreto de la investigación

Resulta razonable que la investigación sea reservada para aquellas personas que son ajenas al proceso (terceros), puesto que estas no tienen ningún interés participativo en el mismo; por el contrario, su contacto con las actuaciones practicadas puede obstaculizar el desarrollo del proceso. Pero la investigación, obviamente, no es reservada para las partes, en razón que se estaría atentando contra su derecho de defensa. Sin embargo, por un mal entendimiento de esto, se están haciendo públicas algunas audiencias previas.

Todo esto se debe, entre otros aspectos, a que el NCPP recoge el *principio de igualdad de armas* con el que se elimina principalmente las desigualdades entre el fiscal y el abogado defensor, convirtiendo a ambos en adversarios con igual posibilidad de acceso a los elementos probatorios. Así pues, el secreto de la investigación, de regla general, se ha convertido en una excepción para las partes que conforman el proceso, pues solo se puede disponer el secreto en casos muy puntuales y por un plazo determinado, vencido el cual debe informarse a las partes que no participaron en las diligencias actuadas, del resultado de las mismas, para garantizar su derecho a la defensa (artículo 324° del NCPP).

Todos los actos que realiza el fiscal que impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales del imputado, con fines de investigación y que se actúen en las diligencias preliminares, deben ser confirmados por el juez de la investigación preparatoria, siempre que verifique que han sido efectuados ante urgencia y peligro en la demora o cuando ha existido flagrancia delictiva. Durante la investigación preparatoria formalizada, la imposición de medidas coercitivas personales y reales deberá ser solicitada al juez de la *investigación preparatoria*, quien las dictará solo de verificar que tienen un fin cautelar, de aseguramiento de prueba o tuitivo coercitivo y que cumplen los presupuestos de peligro en la demora y verosimilitud, además de los requisitos propios de la medida a imponerse. El juez de la investigación preparatoria también podrá resolver los llamados medios técnicos de defensa que puedan generar sobreseimiento, como por ejemplo, una *excepción de improcedenciade acción* (llamada en el ACPP *excepción de naturaleza de acción*).

En tal sentido, tanto la *etapa de investigación* como la *intermedia* tienen como finalidad preparar el juicio oral, debiéndose formular

una acusación solo cuando corresponda y se haya dado cumplimiento a los requisitos básicos, para después dar inicio a un debate oral, público y contradictorio.

La producción probatoria solo se da en el juicio oral. Esta es la regla general, pero existen casos excepcionales en los que se tiene que dar valor probatorio a actuaciones especiales, como el caso de *prueba anticipada* (situaciones impostergables) y *prueba preconstituida* (situaciones irrepetibles). Sin embargo, deben oralizarse las actas en el juicio oral, pues solo podrán merituarse si han sido sometidas al contradictorio.

Como bien lo indica el artículo 325° del NCPP: «*Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242° y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código*».

En la etapa de *investigación preparatoria*, existen dos momentos investigativos, cada uno de los cuales responde a criterios y objetivos determinados, a saber:

2.3. Diligencias preliminares de investigación

Las *diligencias preliminares* (artículo 330° del NCPP) son una subetapa de la *investigación preparatoria* propiamente dicha. Es comparable con la vieja *investigación preliminar* del ACPP de 1940; sin embargo, los alcances operativos y finalidades de las *diligencias preliminares* difieren de la llamada *investigación preliminar* del antiguo sistema, entre otras cosas, porque poseen un plazo de duración, lo que no existía con la *investigación preliminar*, la que no poseía ningún plazo, contraviniendo el *principio de plazo razonable*, que debe primar en todo procedimiento[29].

Las *diligencias preliminares* están dirigidas a practicar actos urgentes o inaplazables que sirvan para determinar si han tenido o no lugar los hechos y asegurar los elementos materiales y vestigios del delito, además de individualizar a los actores en el evento criminal

[29] RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, op. cit., p. 35.

(el binomio víctima-presunto autor). Dicho en otras palabras, tales diligencias buscan encontrar y asegurar las fuentes de prueba con las que se decidirá, más tarde, si se archiva la investigación o se formaliza la *investigación preparatoria*.

Casación N.° 318-2011-Lima

> [Las] *diligencias preliminares* constituyen una etapa prejurisdiccional del proceso penal, en la cual el fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios para formalizar la investigación, a efectos de elaborar su estrategia acusatoria o desestimar la denuncia, estableciéndose en el artículo 330° del NCPP que estas diligencias tienen como finalidad inmediata realizar actos urgentes o inaplazables, asegurar los elementos materiales que se utilizaron para su comisión e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados (Casación N° 318-2011-Lima).

El plazo establecido para estas diligencias, conforme al artículo 334°, inciso 2, del NCPP, era de veinte (20), el cual fue modificado por la Ley N° 30076 a sesenta (60) días, salvo que se haya producido la detención, o el fiscal, de forma razonable y motivada, fije un plazo mayor en razón de la complejidad y características del hecho criminal investigado.

El fiscal puede tomar conocimiento de la noticia criminal (*notitia criminis*) por intermedio del agraviado, de un tercero (procuradores, familiares de la víctima, su abogado, etc.), o de oficio (gracias a la participación de la ciudadanía en general, medios de comunicación, etc.).

Es a partir del momento en que el fiscal emite su *disposición de apertura* de *diligencias preliminares*, que empiezan a correr los términos dentro de los cuales el representante del Ministerio Público debe llegar a una decisión (formalizar la *investigación preparatoria* o archivar el caso). Aquí estamos ante la verificación de la llamada sospecha inicial simple, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos y fundados en la experiencia criminalística, de que existe un hecho perseguible o que tendría relevancia penal, supuesto en el cual corresponde formalizar la *investigación preparatoria*.

Se debe notar que las *diligencias preliminares* no buscan realizar una investigación exhaustiva: las rige el *principio de no exhaustividad en la investigación*. Sirven por tanto, solo para realizar actos urgentes e inaplazables. La investigación exhaustiva, que permitirá decidir si se tiene una causa probable, es la *investigación preparatoria* formalizada.

El profesor Pedro ANGULO ARANA ha señalado bien que las *diligencias preliminares* tienen por objeto o finalidad pretender «identificar al primer momento o a los actos iniciales de la investigación en que se confirmará o descartará la existencia del ilícito... Lleva el mensaje de que no se ha querido crear una etapa ni subetapa previa a la investigación preparatoria, sino que se identifica apenas una situación o lapso temporal en el cual se acumularán elementos de juicio para determinar la existencia del ilícito penal»[30].

La forma más común de iniciar una investigación de oficio se da cuando la policía toma conocimiento de la comisión de un presunto delito (prevención policial) y realiza las diligencias inmediatas, luego da cuenta al fiscal de su intervención. La policía también lo considera cuando el Ministerio Público toma conocimiento directo de un supuesto hecho delictivo.

2.4. Plazo de las diligencias preliminares

A efectos de analizar el objeto de estudio se debe precisar que existen cuatro tipos de plazo, el plazo legal que se encuentra expresamente definido en la ley penal, el plazo convencional que es aquel al cual se arribó por medio de un acuerdo entre los sujetos procesales, el plazo judicial que es fijado inicialmente por la autoridad jurisdiccional y finalmente el plazo razonable, entendido como aquel que se desprende de las características propias del proceso, teniendo especial consideración con las diligencias que se deban realizar y si ellas revisten de complejidad en sí mismas, o si para el esclarecimiento de los hechos se necesita la adopción de alguna medida limitativa de derecho, entendida dentro de este contexto al levantamiento del secreto de las comunicaciones o secreto bancario, por mencionar algunas, como es de verse hoy en día, en salva guarda

[30] ANGULO ARANA, Pedro, La investigación y el delito en el NCPP, 1.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 120.

del debido proceso debe entenderse que la regulación del plazo de las diligencias preliminares tendrá vinculación directa con la naturaleza de la investigación.

Resulta cuestionable considerar que las *diligencias preliminares* no buscan realizar una investigación exhaustiva, dado que las rige el *principio de no exhaustividad en la investigación*. Sirven por tanto, solo para realizar actos urgentes e inaplazables. La investigación exhaustiva, que permitirá decidir si se tiene una causa probable, es la *investigación preparatoria* formalizada.

Precisamente, es en base a este punto que se desprenden dos cuestionamientos, el primero de ellos como se menciono inicialmente es si en la etapa prejurisdiccional deban realizarse únicamente actos de investigación urgentes o inaplazables, para ello deben conceptuar en primer orden que la finalidad del proceso penal es poder llegar a la verdad de los hechos, ello mediante el respeto de las garantías mínimas que inspiran un proceso y el debido respeto por los derechos fundamentales, dejando así de lado la noción de la obtención de aquella verdad material o absoluta obtenida por medio de practicas violentas de investigación, las mismas que pueden ser asociadas con los actos de totura practicados por la Santa Inquisición cuando pretendía ser dueño de la verdad.

Conforme lo establece el artículo 334°, inciso 2, del NCPP, modificado por la Ley N° 30076, las *diligencias preliminares* tienen como plazo sesenta días, a menos que el Fiscal disponga un plazo distinto atendiendo a la razonabilidad y proporcionalidad en función de la naturaleza de la investigación, plazo en el cual la persona investigada estará en la condición de citada, salvo que se origine su detención por los actos iniciales de investigación efectuados en flagrancia delictiva, cuando dichas diligencias preliminares se deberán efectuar dentro de las 48 horas o quince días, si se trata de los delitos de *tráfico ilícito de drogas* o *terrorismo*. Al término de este plazo en estos tres últimos casos, se deberá pedir la disposición de formalización y la prisión preventiva o comparecencia restringida ante el juez de la investigación preparatoria. Salvo que se haya solicitado y ordenado la detención judicial en flagrancia.

El mencionado plazo de las diligencias preliminares es susceptible de ser ampliado por el fiscal, cuando considere que por las ca-

racterísticas, complejidad y circunstancias de los hechos investigados requieran de una prórroga; pero si una de la partes no está de acuerdo con esta ampliación, tanto la víctima como el imputado, puede solicitar que se le dé término y dicte la disposición que corresponda. En caso que el fiscal no acepte la solicitud o fije un plazo irrazonable, el *perjudicado* estará facultado para acudir al juez de la investigación preparatoria y solicitar un *control de plazo*, quien, como juez de la investigación preparatoria, garantizará y determinará si el fiscal se ha excedido o no en el plazo de investigación, en la audiencia respectiva.

En casos complejos y atendiendo a la naturaleza de la investigación, como en temas de crimen organizado, casos que requieran cooperación judicial internacional, o peritajes complejos necesarios para imputar, requerimientos de levantamientos de secreto bancario, tributario y bursátil, etc., la investigación deberá tener un plazo mayor que podría llegar incluso entre 36 y 72 meses, pero debe quedar claro que esto únicamente en los supuestos en que las diligencias sean indispensables para imputar y no sea posible decidir la formal investigación preparatoria sin las mismas.

El plazo de las *diligencias preliminares*, según la Casación N° 02-2008-La Libertad, puede ser ampliado, como máximo, hasta por un plazo no mayor al de la investigación preparatoria formalizada; de ser así, dicho plazo será independiente del plazo de la *investigación preparatoria* formalizada.

Atendiendo a tales premisas sobre el plazo de las diligencias preliminares, es que la Corte Suprema de la Republica le ha brindado un especial desarrollo dógmatico-jurisprudencial mediante sendas casaciones, las mismas que han sido consideradas como doctrina jurisprudencial, desarrollando de tal forma el plazo de las dos sub etapas de la Investigación Preparatoria, esto es, tanto las diligencias preliminares como la Investigación Preparatoria Formalizada.

En atención a ello, se tiene como objeto de estudio la evolución legislativa como jurisprudencial del plazo de la Investigación Preparatoria, entendiendo dentro de ella, específicamente a sus dos sub etapas, tanto la de diligencias preliminares como la Investigación

Preparatoria Formalizada, en ese orden de ideas se tiene que si bien es cierto el plazo de las diligencias preliminares fue modificado por la Ley N° 30076 del 18 de Agosto del 2013, la cual señala que las *diligencias preliminares* tienen como plazo sesenta días, a menos que el Fiscal disponga un plazo distinto atendiendo a la razonabilidad y proporcionalidad en función de la naturaleza de la investigación, ello ha seguido una evolución constante por medio de diversos pronunciamientos tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional

En ese orden de ideas, el inciso 2° del artículo 334° del NCPP señala que el plazo de las diligencias preliminares es de 60 días naturales; sin embargo no precisa un extremo máximo, siendo que un primer acercamiento a tal «incertidumbre» lo señalado jurisprudencialmente por la Corte Suprema de la República en el Casación N°02-2008-La Libertad, el mismo será objeto de análisis.

Casación 02-2008- La Libertad

La aludida sentencia casatoria,se da en el marco de la inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, ello a efectos de que la Corte Suprema pueda determinar el plazo de investigación correspondiene a las diligencias preliminares, distinguiendo este, del plazo correspondiente a la sub etapa procesal de la Investigación Preparatoria Formalizada o propiamente dicha.

Partiendo de esa idea, es de verse que la Corte Suprema ha considerado que la norma directamente estatuida si bien es cierto establece que el Fiscal dentro del ejercicio de su facultad discrecional, inicialmente pueda dar inicio a las diligencias preliminares por un plazo inicial de 60 días, este puede ser ampliado dependiendo de las características propias de la investigación, ello de conformidad con el inciso 2° del artículo 334° del código adjetivo, siendo ello así en la premisa a) del considerando sétimo de la resolución casatoria ha precisado lo siguiente:

> **Sétimo: a)** Que, es preciso señalar lo siguiente: a) que el inciso segundo del artículo trecientos treinta y siete del Código Procesal Penal establece que las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria y esta a su vez tiene un plazo de ciento veinte días naturales, prorrógables por única vez

> hasta por un máximo de sesenta días naturales, conforme a lo estatuido por el inciso uno del numeral trescientos cuarenta y dos, ello debe aplicarse en concordancia con lo dispuesto por el inciso segundo del numeral trescientos treinta y cuatro, que prescribe, que el plazo de las diligencias preliminares es de veinte días y que no obstante ello, el Fiscal puede fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

Bajo un primer análisis del sétimo considerando de la aludida sentencia casatoria es de verse que delimita el marco normativo del plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada la cual es de ciento veinte días prorrogables por un máximo de sesenta días por única vez; sin embargo, brinda una primera aproximación aduciendo que dicho plazo de las Investigación Preparatoria Formalizada debe ser entendido en vinculación con el plazo de las diligencias preliminares, en cuanto la norma legal se refiere a que el Fiscal independientemente del plazo legal de 60 días iniciales puede fijar un plazo distinto en relación a la complejidad del hecho materia de investigación, de esta forma precisa que, en esencia el plazo distinto del que pueda disponer el titular de la acción penal pública no debería superar el plazo de la investigación preparatoria formalizada.

Por otro lado, en la premisa b) del citado considerando ha brindado un esclarecimiento a la naturaleza de las sub etapas procesales que conforman la Investigación Preparatoria, señalando lo siguiente:

> Sétimo: b) En ese orden de ideas, la etapa de investigación preparatoria, presenta a su vez dos sub etapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda que corresponde a la investigación preparatoria formalizada o investigación preparatoria propiamente dicha. En ese contexto la fase de diligencias preliminares tiene un plazo distinto, el mismo que está sujeto a control conforme dispone el inciso segundo del numeral ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal.

Partiendo de lo ya expresado líneas arriba, es menester precisar que la finalidad de las diligencias preliminares si bien es cierto

en un primer momento se encuentran destinadas a la realización de diligencias de carácter urgente e inaplazable, dicha función difiere con la finalidad de la Investigación Preparatoria Formalizada, la misma que, se encuentra orientada a la obtención de elementos no solo de cargo sino también de descargo que permitan acreditar o desvirtuar el grado de responsabilidad penal que se le atribuye al denunciado y partiendo de dicha noción permitir al Fiscal la decisión de formular o abstenerse de emitir el requerimiento acusatorio, de sobreseimiento o mixto, dependiendo de las circunstancias propias del caso.

Aunado a ello es de verse que en el considerando décimo primero de la aludida sentencia casatoria se ha regulado el plazo de las diligencias preliminares –en aquel entonces- era de 20 días y que se le faculta al Fiscal el fijar un plazo distinto dependiendo de las circunstancias y características del caso, dicho plazo correspondiente al desarrollo de las diligencias preliminares son diferentes y no se hayan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.

En ese orden de ideas, en el considerando décimo segundo la Corte Suprema de la Republica ha sostenido de forma coherente, lo siguiente:

> **Décimo Segundo:** Que, finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al Fiscal en casos que por su características revistan complejidad, no debe ser una ilimitado, y si bien en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cuál es su límite temporal, también es verdad que ella no puede afectar el derecho al plazo razonable, que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso.
>
> (...)
>
> Por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo

máximo de la Investigación Preparatoria regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal.

Como es de verse una primera aproximación por parte de la Corte Suprema de la Republica respecto al plazo de las diligencias preliminares es entender que estas por su propia naturaleza la misma que tiene como finalidad inmediata la de realizar actos urgentes e inaplazables, en esencia no podrán efectuarse en un plazo mayor al contemplado en el artículo 342° del NCPP; sin embargo ello dejo una puerta abierta a una interpretación extensiva de la ley procesal penal, específicamente efectuando una interpretación *in malan parte* de la misma, y por consiguiente entendiendo que las diligencias preliminares no deberán ser superior a los 180 días, ello atendiendo al plazo máximo de 120 días de la Investigación Preparatoria Formalizada y cuya regulación se haya comprendida en el artículo 342° del NCPP, pese a ello la Corte Suprema de la Republica continuo emitiendo pronunciamiento casacionales que permitieron una mejor interpretación en favor del nuevo sistema procesal penal que dicho en buena cuenta debe responder a uno de corte acusatorio y garantista, en ese marco de ideas se tiene la Casación 144-2012-Ancash, la que será objeto de análisis posteriormente.

Casación 318-2011-Lima

Siguiendo con el desarrollo cronológico de la jurisprudencia relevante en materia de plazos de las sub etapas de la Investigación Preparatoria, corresponde analizar la Casación 318-2011-Lima, la misma que se da en el marco del desarrollo de diligencias preliminares, en atención a ello si bien es cierto la Casación 02-2008-La Libertad, sostenía que el plazo de las diligencias preliminares no debería ser uno ilimitado y no mayor al de la Investigación Preparatoria Formalizada, respetando lo que en esencia es el plazo razonable, la sentencia casatoria objeto de estudio, tiene como finalidad determinar como doctrina jurisprudencial los alcances de lo que es el plazo razonable, ello partiendo del pronunciamientos de la Corte Suprema de la Republica, en la Casación 02-2008- La Libertad.

Bajo un primer análisis la aludida sentencia casatoria demarca las características que fundan el nuevo sistema procesal penal, señalando lo siguiente en su fundamento 2.2:

> «Que, el nuevo modelo procesal penal en el Perú además de la nominación de acusatorio y garantizador, es de tendencia adversativa, porque remarca la naturaleza principal del juicio público y oral, la transcendencia del contradictorio y la responsabilidad que en materia de actuación probatoria le corresponde al Ministerio Público como titular de la pretensión punitiva»

En atención a ello corresponde efectuar una primera distinción, dado que los módelos son figuras ideales; sin embargo cuando estos ya son reconocidos por el ordenamiento de forma positiva y por ende incluidos en la legislación nacional y de aplicación en territorio nacional, se habla ya de un sistema procesal con cierto grado de desarrollo, siendo así el NCPP tiene notas características de un sistema de índole acusatorio, ello en la medida que el Juicio posee ciertas características tales como ser previo, oral, en aplicación del principio de inmediación permitiendo así un debido esclarecimiento de los hechos, del mismo modo, es público, permite el contradictorio, en atención a dichas notas características el acusado cuenta con un plazo razonable para ejercer su derecho de defensa, dado que el proceso debe en esencia respetar la legalidad procesal donde el Juez como director de debates tiene la función de tutela a efectos de evitar arbitrariedades, precisamente así lo ha entendido dicha sentencia casatoria, evidenciando su posición en el fundamento 2.3, el mismo que a la letra señala lo siguiente:

> «Dicha tendencia adversativa crea las condiciones para que el órgano jurisdiccional cumpla durante la investigación, función de garante de los derechos fundamentales, función de saneamiento en la etapa intermedia, en tanto que en Juicio debe preocuparse de evaluar imparcialmente el resultado de la actividad probatoria presentada por las partes , emitiendo fallo de absolución o condena, según sea el caso»

Del mismo modo la aludida sentencia casatoria le ha reconocido a la sub etapa de diligencia preliminares el carácter de prejurisdiccional, en la cual el Fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios a efectos de formalizar a investigación y consecuentemente formular su estrategia acusatoria o desestimar la denuncia, sin embargo ha sostenido en el considerando 2.6 que las

diligencias preliminares responden tanto a una función mediata como inmediata, en ese sentido a señalado lo siguiente:

> «las diligencias tienen como finalidad inmediata realizar actos urgentes e inaplazables, asegurar los elementos materiales que se utilizaron para su comisión e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados, asimismo, las indicadas diligencias tienen también una finalidad mediata la cual no está descrita de forma expresa en la norma, por ello se considera que la finalidad mediata es determinar si el Fiscal debe formalizar o no la Investigación Preparatoria»

Partiendo de dicha noción, se considera que el desarrollo de las diligencias preliminar debe estar orientada al objeto principal del proceso penal que no es más que la búsqueda de la verdad, practicando diligencias que no solo revistan de utilidad y pertinencias, sino también que generen en el titular de la investigación cierto grado de certeza, tal que le permita determinar si formalizara la investigación o en su defecto emitirá la disposición de archivo correspondiente, sin embargo no se puede estar sometido a una investigación por un plazo indefinido, dado que eso genera una afectación a un derecho fundamental como lo es la presunción de inocencia, el cual proscribe estar en favor de toda persona el estar sometida a una investigación que le genere una sospecha permanente, ello como manifestación implícita del debido proceso, tanto más si la Constitución Política del Perú consagra en el artículo 1° de dicho cuerpo legal, que el fin supremo de la Nación es velar por el respeto de la dignidad humana de toda persona.

Del mismo modo, a efectos de determinar que debemos entender por «plazo razonable» dicho pronunciamiento casacional ha sostenido que deberán considerarse diversos factores, entre ellos: la complejidad del asunto, el cual se valorara en atención a la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir con un alto grado de objetividad que la dilucidación del objeto materia de investigación resulta ser de especial complejidad

En atención a lo antes precisado, si concurrieran las causas que determinen que una investigación reviste de complejidad, se estará frente a un caso en esencia complejo, el mismo que al momento de emitir el pronunciamiento casacional objeto de estudio, sostenía que para el desarrollo de las diligencias preliminares, no debería de fijarse un plazo distinto al ya señalado en la Casación 2-2008-La Libertad, esto es, superior a 120 días, dado que su finalidad inmediata era realizar actos meramente urgentes y de carácter inaplazable por lo que carece de sentido fijar un plazo adicional; sin embargo el lo correspondiente a la sub etapa de la Investigación Preparatoria Formalizada o Investigación Preparatoria propiamente dicha efectivamente se necesitara de un plazo superior al ya consagrado en el artículo 342° del código adjetivo, sin embargo a tenor de lo antes expuesto la Corte Suprema no ha determinado cual sería el límite máximo a considerar para el plazo de las diligencias preliminares en los denominados casos complejos, entendiendo de tal forma que estos serán suceptibles de ser cuantificados en atención a la necesidad del desarrollo de las actuaciones que revistan especial complejidad; sin embargo mediante otro pronunciamiento casacional como lo es el recurso de casación N°144-2012 Ancash ha absuelvo lo que en su momento fue catalogado como «incertidumbre normativa»

Casación N° 144-2012 Ancash

En ese orden de ideas es de verse que, a efectos de poder determinar el plazo de investigación en los denominados casos complejos, la Corte Suprema mediante la citada sentencia casatoria ha estimado necesario acoger los argumentos del Tribunal Constitucional para poder considerar los estándares del plazo razonable, en ese sentido en el fundamento sétimo de su sentencia ha sostenido lo siguiente:

> Sétimo: Que, asimismo el Tribunal Constitucional estableció con carácter de doctrina jurisprudencial, dos criterios para determinar el plazo razonable de la investigación preliminar, un criterio tanto subjetivo como objetivo, en el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación, precisando que es dentro del marcos de estos crite-

rios jurídicos que se deberá determinar, en cada caso en concreto si es que la investigación pre- jurisdiccional se ha desarrollado dentro de un plazo razonable

Partiendo de lo ya expuesto, en cuanto a la actuación del fiscal debe considerarse su participación activa dentro del proceso, ello mediante la realización de actos de investigación diligentes, en atención a ello debe comprenderse que los actos procesales del Ministerio Público no se legitiman en si mismos, sino partiendo del respeto de los valores que inspiran el nuevo sistema procesal penal.

Por otro lado, en cuanto al comportamiento del procesado o interesado en el desarrollo del proceso, deberá considerarse su predisposición a participar de las diligencias programas por el representante del Ministerio Público, si no fuera ese el caso se evidenciara un comportamiento obstruccionista que tenga como finalidad dilatar el desarrollo del proceso, evidentemente corresponde efectuar una primera distinción entre lo que se considera ejercicio legítimo de un derecho, específicamente el derecho de defensa, con lo que es una actitud obstruccionista destinada a alterar los hechos materia de análisis.

Siendo ello así de la interpretación a la cual está sujeta dicho pronunciamiento casacional se puede concluir que el debido proceso como derecho matriz, tutelado por nuestro ordenamiento jurídico, involucra dentro de una de sus manifestaciones implícitas el derecho de ser juzgado en un plazo razonable. El debido proceso tiene su origen en el *due process of law* anglosajón, este derecho fundamental se descompone en el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales. Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento.

Aunado a ello, la citada resolución casacional ha establecido en el considerando décimo que teniendo en consideración el recurso de

casación 02-2008-La Libertad, el mismo que sostiene que las diligencias preliminares no deberán tener un plazo mayor al de la Investigación Preparatoria Formalizada, el cual se encuentra regulada en el artículo 342° del NCPP, esto es de ocho meses, teniendo en cuenta que el contexto en el que se desarrolla dicho pronunciamiento es en relación a un caso de naturaleza compleja, siendo ello así se ha sostenido lo siguiente:

> **Décimo:** (...) en concordancia con el artículo ciento cuarenta y seis del citado Código, debe entenderse que este es el mismo plazo razonable para que la Fiscalía disponga la ejecución de diligencias a nivel preliminar, por lo que, se debe establecer como doctrina jurisprudencial que «tratándose de investigaciones complejos el plazo máximo para llevar a cabo diligencias preliminares es de ocho meses»

Como es de verse, en dicho pronunciamiento casacional de forma expresa la Corte Suprema ha reconocido el límite máximo de las diligencias preliminares en casos simples, la cual responde a 120 días como máximo, ello en atención a la interpretación que se desprende de la Casación 02-2008-La Libertad, por otro lado se ha sostenido que en los denominados casos complejos empleando la misma lógica de interpretación que en la Casación 02-2008, debe entenderse que el plazo de las diligencias preliminares en casos complejos no deberá ser mayor al que de la Investigación Preparatoria Formalizada o propiamente dicha, en ese sentido dicho plazo se encuentra regulado en el artículo 342° del Código Adjetivo, por ende se tiene que las diligencias preliminares en los llamados casos complejos se extenderán como máximo por un plazo de 8 meses; sin embargo, deben concurrir determinados criterios para considerar que una investigación deba ser catalogada como compleja, en ese orden de ideas la Corte Suprema ha considerado los siguiente argumentos:

> **Décimo**: (...) se considerara proceso complejo, cuando: a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importantes de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas;

e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país, o g) debe revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

Sin embargo, no basta con que el Fiscal considere de forma interna la concurrencia de dichas características que evidencien la complejidad del hecho materia de investigación, ello deberá estar expuesto y debidamente motivada en una disposición fiscal, así lo ha expresado el artículo 342 del NCPP, el cual a la letra señala lo siguiente:

Artículo 342° Plazo. -

(...)

3.Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

Casación 599-2018-Lima

Finalmente, para poder tener un panorama de las diligencias preliminares en los llamados casos de crimen organizado la Corte Suprema de la Republica ha desarrollado en la Casación objeto de estudio criterios jurisprudenciales que permiten sostener en concordancia con la Casación 02-2008-La Libertad y la Casación 144-2012-Ancash que las diligencias preliminares tienen su propia finalidad la cual se encuentra regulada en el artículo trescientos treinta y dos del CPP) y su plazo diferenciado, sujetándose así a un mecanismo de control distinto (334.2 del CPP)

Conviene precisar que el contexto en el que se desarrolla la citada Casación se da en el marco de las diligencias preliminares desarrolladas en la investigación preliminar contra el partido Fuerza Popular, siendo ello así representantes de la defensa cuestionan la infracción a normas procesales, específicamente sobre el pazo de las diligencias preliminares, más aún si el artículo 334° del NCPP prevee un plazo máximo de 60 días naturales, tanto más si el desarrollo de las diligencias de carácter urgente e inaplazable se encuentra vinculado al factor tiempo.

Partiendo de dicha noción, la Corte Suprema ha desarrollado en un primer momento el marco normativo de las diligencias preliminares en casos de crimen organizado, sosteniendo que el Fiscal como titular de la acción penal pública, y en ejercicio de su facultad discrecional adecua su actuación a principios que inspiran el nuevo sistema procesal penal, entre ellos, el principio de sujeción a la ley. Adicional a ello se ha sostenido que las diligencias preliminares como actuaciones iniciales a cargo del Fiscal, no tienen un carácter jurisdiccional, sino de indagación y averiguación, posibilitando de tal forma se dé inicio a otra fase del proceso, al disponer la formalización de la investigación preparatoria o en su defecto emitir la disposición de archivo, cierto es, además que la Corte Suprema ha brindado una primera aproximación de lo que deba entenderse por la finalidad de las diligencias preliminares, siendo así ha desarrollado en la citada casación, lo siguiente:

> «El Fiscal conforme al artículo trescientos treinta y uno del CPP, está facultado para realizar o delegar la actuación de «diligencias preliminares» de investigación en su condición de titular del ejercicio de la acción penal, **a fin de determinar si debe formalizar la investigación preparatoria**, lo que lo vincula con la obligación de actuar con objetividad e independencia de criterio»

En atención a ello, es de verse que, se le ha reconocido a las diligencias preliminar una doble función, tanto mediata como inmediata, dentro de la segunda se encuentran aquellas consagradas en el artículo 332° del CPP como lo es realizar actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y delictuosidad, así como asegurar los

elementos materia de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, sin embargo, una de sus finalidades mediatas, pero que no por ello sea menos importante, es que habiendo realizado todos estos accionares lleven a producir en la esfera interna del Fiscal cierto grado de convicción que en su condición de titular de la acción penal publica le permita hacer uso de su facultad discrecional y de esta forma pueda formalizar la investigación preparatoria, es precisamente la línea jurisprudencia que ha seguido la Corte Suprema, al señalar lo siguiente:

> «La inicial actividad investigativa del fiscal no se agota con la realización de actos urgentes e inaplazables destinados a: I) si tuvieron lugar los hechos objeto de conocimiento y delictuosidad; II) asegurar los elementos materiales de la comisión del delito; III) individualizar a las personas involucradas y asegurarlas debidamente; sino que a estos se aúna la finalidad de determinar si se formaliza la investigación preparatoria (decisión que se realizará como resultado de las diligencias investigativas realizadas dando termino a esta fase prejurisdiccional)

Siendo ello así se tiene que los actos urgentes e inaplazables a los que hace alusión la norma procesal también se encuentran vinculados con la finalidad mediata, la misma que como se ha señalado párrafos anteriores es la de formalizar la investigación preparatoria, en atención a ello la Corte Suprema de la República ha considerado pertinente señalar que los mismos no pueden estar vinculados en sentido estricto al factor tiempo, tanto más si considerar lo urgente y necesario solo a un mínimo de tiempo limitaría el rol de indagación y averiguación del Fiscal, quien como titular del ejercicio de la acción penal debe perseguir la búsqueda de la verdad.

En atención a ello es de verse que dependiendo de la naturaleza de la investigación podremos referirnos a un caso simple, complejo o en la que tenga como intervinientes a integrantes de una organización criminal, por lo que el plazo de las diligencias preliminares no será uno uniforme, sino uno que responda a las exigencias de realizar actos de investigación que ameriten especial dificultad, ello dado que las diligencias de los casos de cri-

men organizados requieren técnicas especiales de investigación, muchas veces la pluralidad de investigados necesariamente demanda una pluralidad de actos de investigación y que se adopten medidas limitativas de derechos, previa autorización del Juez de Investigación

Pese a que mediante sendos pronunciamientos casacionales se ha determinado tanto los limites máximo de las diligencias preliminares en casos comunes y complejos, no se ha fijado cuantitativamente un límite máximo en el caso de investigaciones contra presuntas organizaciones criminales, es por ello que para brindar una interpretación respetuosa de todo derecho fundamental y que garantice cumplir con la finalidad del proceso que no es más que llegar a la verdad de los hechos, resulta pertinente asociar las diversas herramientas procesales que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico, es por ello que, teniendo en consideración lo regulado en el artículo 334° inciso 2° del NCPP se tiene lo siguiente:

> Artículo 334.- Calificación
>
> (...)
>
> 3.-El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante, ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante

Como es de verse, el código adjetivo nos señala un plazo ordinario para las diligencias preliminares, el cual es de 60 días y el mismo que es catalogado como «referencial» por la Corte Suprema; sin embargo este puede ser adecuado a las características propias de la investigación, tales como su complejidad y las circunstancias que devengan del mismo, en atención a ello ha de tenerse presente los

pronunciamientos casaciones contemplados en la Casación 02-2008-La Libertad y en la Casación 144-2012-Ancash, ello a fin de poder determinar cuantitativamente el límite máximo de las diligencias preliminares en los denominados casos de crimen organizado, ambos pronunciamientos casaciones de forma homogénea han considerado que en esencia el plazo de las llamdas diligencias preliminares no podrá ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria.

En ese orden de ideas, se tiene que el código adjetivo regula que las diligencias preliminares deberán efectuarse inicialmente por un plazo de 60 días prorrogables hasta por un máximo de 120 días, en el caso de investigación que hayan sido declaradas, si bien el plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada es de 8 meses, ello en atención al artículo 342° del NCPP, dicho plazo deberá emplearse como el máximo para el desarrollo de diligencias preliminares en investigaciones de naturaleza compleja,

Precisamente, con posterioridad a dichos pronunciamientos casacionales, se emite la Ley N° 3077, también denominada Ley contra el Crimen Organizada, vigente desde el primero de Julio del 2014, la cual modifico el inciso 2° del artículo 342° del NCPP incorporando así el plazo de investigación preparatoria de 36 meses para el caso de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal.

Atendiendo a ello, la Corte Suprema de la Republica ha considerado lo siguiente en el fundamento 2.1.6 de la aludida sentencia casatoria:

> (...) Considera que el plazo razonable de la investigación preliminar no tiene ni puede tener en abstracto un único plazo para todos los casos, traducido en un número fijo de días, semanas o años, sino que tal razonabilidad inevitablemente debe ser establecida según las circunstancias concretas de cada caso.

Es así que siguiente la línea de ideas expuestas en la Casación 02-2008-La Libertad y la Casación 144-2012-Ancash, las mismas que consideran como límite máximo el plazo fijado para la Investigación Preparatoria, debe entenderse que el plazo máximo de las diligencias preliminares en casos de crimen organizado no debe superar

los 36 meses, sin embargo, un criterio a tomar en consideración es el expuesto en el fundamento 2.1.12, el cual señala lo siguiente:

> «Ello no significa que el plazo máximo de treinta y seis meses deba ser utilizado en su integridad, pues en función del interés investigativo el fiscal puede optar por un plazo menor, La disposición que dicte el fiscal debe justificar la necesidad del plazo y la razonabilidad de las diligencias ordenadas»

En relación a ello, en un primer momento debe tenerse en consideración que toda actividad desplegada por el Ministerio Público, debe estar ceñida al principio de interdicción a la arbitrariedad, este principio implica que los actos procesales a realizarse deben darse con apego a la Ley material y procesal. El incumplimiento de dicha garantía procesal faculta al investigado para que pueda acudir al Juez de la Investigación preparatoria, mediante una audiencia previa al juzgamiento, tales como un control de plazo, tutela de derecho o inadmisión de diligencias sumariales, por citar algunos ejemplos.

Siendo así, una de las características de toda investigación es la progresividad con la cual se desarrollen. Por ende no puede sostenerse que desde un inicio el Fiscal podrá disponer de los 36 meses para investigar, tal como alude la norma procesal, la estrategia Fiscal deberá plasmarse en un plazo inicial menor al de 36 meses, y consiguientemente, conforme se vayan esclareciendo los hechos podrá solicitarse un plazo ampliatorio para desarrollar las diligencias que se consideren útiles, pertinentes y conducentes.

Adicional al tema principal de la controversia, el cual se centró en delimitar el extremo máximo del plazo de diligencias preliminares en casos de crimen organizado, el cual como tal como se ha estudiado responde a un máximo de 36 meses, también se tiene como segundo punto a tratar si el plazo de las diligencias preliminares cuentan con legitimidad si se hubiera emitido la disposición de ampliación fuera del plazo inicial. Al respecto la Corte Suprema ha considerado lo siguiente en el fundamento 2.2.4 de la citada casación:

> «Si la ampliación de las diligencias preliminares se realiza fuera del plazo inicialmente fijado, origina responsabilidad disciplinaria del fiscal, conforme con el artículo ciento cuarenta y cua-

tro. Dos del CPP. En tal supuesto, los actos defectuosos, en mérito al principio de conservación mantienen su validez»

Estando a lo antes expuesto, es de verse que la interpretación literal o teleológica que efectúan los magistrados de la Corte Suprema, responde a la finalidad originaria del proceso penal, que no es más que, llegar a la verdad de los hechos materia de investigación. Desde aquel punto de vista los actos procesales postulados por el representante del Ministerio Público una vez vencido el plazo inicial de investigación mantendrán su vigencia; sin embargo ello no exime que el Fiscal haya podido actuar negligentemente, razón por la cual se iniciará una investigación correspondiente ante el órgano de control interno, pese a ello, estas actuaciones no afectarán en esencia la concretización del acto procesal.

Habiendo desarrollado los lineamientos considerados por la Corte Suprema en los recursos de casación 02-2008-La Libertad, 318-2011-Lima, 144-2012-Ancash y 599-2018-Lima, se ha determinado el plazo correspondiente a las diligencias preliminares en casos comunes complejos y de crimen organizado, siendo que para el primero de ellos el plazo máximo de investigación se dará en el marco de 120 dias naturales. En los denominados casos complejos tendrán una duración de 8 meses como extremo máximo y en casos de crimen organizado un máximo de 36 meses, entendiendo que el plazo de diligencias preliminares no podrá ser más amplio que el plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada.

2.5. La dirección del Fiscal en la actuación operativa policial

La Policía Nacional, como institución del Estado, además de velar por el orden interno y demás funciones que le confiere la Constitución en su artículo 166°, también tiene por finalidad investigar la supuesta comisión de un delito, pero bajo la dirección del Ministerio Público (Policía Judicial). Ello conlleva que, tan pronto tenga conocimiento de un hecho calificado como delito, intervenga en salvaguarda de los derechos de las personas y de los medios de prueba que se generen como consecuencia del delito. En ese sentido, la Policía Judicial, ante una situación de actuación directa y urgente, no necesita de la presencia del fiscal, pues actuará de acuerdo a sus atribuciones (casos de flagrancia). Pero luego de realizada

la intervención, se encuentra en la obligación de dar cuenta de sus actuaciones de forma inmediata al Ministerio Público. Elevando para tal caso *un* informe *policial de la práctica de las diligencias llevadas a cabo* (artículo 322° del NCPP), que contiene la motivación de su intervención, si fue hecha en flagrancia y la relación de otras diligencias realizadas. Luego de dicho informe, *en el que no podrá calificar jurídicamente el hecho investigado* (como ocurría cuando elaboraba el atestado policial), se podrá continuar con la investigación a partir de la disposición de formalización y continuación de la *investigación preparatoria*, según las pautas establecidas por el fiscal y de acuerdo a las atribuciones recogidas en el artículo 68° del NCPP.

Es importante destacar la intervención policial en la investigación del delito, debido a que la aprehensión de los autores o partícipes, el recojo de fuentes de prueba, el recojo de las primeras testimoniales pueden ser fundamentales para la adopción de medidas indagatorias subsiguientes, a través de la disposición de formalización de la *investigación preparatoria.*

Ello demanda que nuestra Policía tenga una preparación especializada, en particular, en materia de técnicas de investigación criminal para implementar cumplidamente las diversas *Medidas Restrictivas de Derechos*, enumeradas en el título III, de la sección II, del libro II, del NCPP, las cuales mencionaremos a continuación:

- **Control de identidad policial (artículo 205°).** La Policía, en el marco de sus funciones, sin necesidad de la orden del fiscal o del juez, podrá requerir la identificación de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, cuando considere que ello resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. El intervenido tiene derecho a exigir a la Policía que le proporcione su identidad y la dependencia a la que está asignado.
- **La videovigilancia (artículo 207° del NCPP).** En las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones criminales, el fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar realizar tomas fotográficas y registro de imágenes, así como

utilizar otros medios técnicos especiales determinados, con finalidades de observación o investigación del lugar de residencia del investigado.

- **Las retenciones (artículo 209° del NCPP).** La Policía, por sí —dando cuenta al fiscal— o por orden de este, cuando resulte necesario que se practique una pesquisa, podrá disponer que durante la diligencia en cuestión no se ausenten las personas halladas en el lugar o que comparezca cualquier otra. La retención solo podrá durar cuatro horas, luego de las cuales se debe recabar, inmediatamente, una orden judicial para extender en el tiempo la presencia de los intervenidos.
- **El registro de personas, también denominado en doctrina como cacheo (artículo 210°, inciso 1, del NCPP).** La Policía, por sí —dando cuenta al Fiscal— o por orden de este, cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla. Antes de su realización se invitará a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado. Si el bien se presenta no se procederá al registro, salvo que se considere útil proceder, a fin de completar las investigaciones.
- **Intervención corporal (artículo 211° del NCPP).** El juez de la investigación preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, aún sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tema, fundadamente, la generación de un daño grave para la salud del imputado, para lo cual, si resulta necesario, se contará con un previo dictamen pericial.

- **La prueba de alcoholemia (artículo 213° del NCPP).** La Policía, ya sea en su misión de prevención de delitos o en el curso de una inmediata intervención, como consecuencia de la posible comisión de un delito, mediante la conducción de vehículos, podrá realizar la comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado.

- **Allanamiento (artículo 214° del NCPP).** Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa-habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible y negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto.

- **Exhibición forzosa e incautación (artículo 218° del NCPP).** Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados se negare a hacerlo o cuando la ley así lo prescribiera, el fiscal solicitará al juez de la investigación preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias.

- **Exhibición e incautaciones y documentos no privados (artículo 224° del NCPP).** También pueden ser objeto de exhibición forzosa o incautación las actuaciones y documentos que no tienen la calidad de privados. Cuando se trate de un secreto de Estado, el fiscal acudirá al juez de la investigación preparatoria a fin de que proceda en lo pertinente.

- **Interceptación e incautación postal (artículo 226° del NCPP).** Las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o em-

presas —públicas o privadas— postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales por razón de especiales circunstancias se presumiere emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, pueden ser objeto, a instancia del fiscal al juez de la investigación preparatoria, de interceptación, incautación y ulterior apertura.

- **Control de las telecomunicaciones y telecomunicaciones (artículo 230° del NCPP).** El fiscal, cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, podrá solicitar al juez de la investigación preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación.

- **Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria (artículo 237° del NCPP).** El juez, a pedido del fiscal, y cuando fuere indispensable para la investigación de un delito sancionado con pena superior a cuatro años de privación de libertad, podrá disponer el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria.

- **Clausura o vigilancia de locales e inmovilizaciones (artículo 241° del NCPP).** El fiscal podrá ordenar y ejecutar, por razones de urgencia o peligro por la demora, la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de los bienes muebles, por un plazo no mayor de quince días prorrogables por un plazo igual si las circunstancias lo exigieran, cuando sea indispensable para iniciar o continuar la investigación. Efectuada la medida, antes de vencidas las veinticuatro horas de realizada la diligencia, solicitará al juez la resolución confirmatoria y para el efecto adjuntará copia del acta.

Todas estas atribuciones investigativas que regula el NCPP han sido reguladas para lograr eficacia en la lucha contra el crimen. Como lo señalaba, el ya desaparecido maestro MIXÁN MASS en el siempre

recordado *Proyecto Huanchaco*, la policía debería ser una institución cuya labor debiera basarse en procedimientos científicos para realizar una investigación imparcial, trasparente y especializada[31].

Debemos resaltar que las diligencias preliminares tienen una gran importancia además, porque de conformidad con el artículo 383 del Código Procesal Penal, tienen carácter de prueba preconstituida.

2.6. El tratamiento de la denuncia

El fiscal, luego de recibir la denuncia y de realizadas las *diligencias preliminares* o, en su defecto, de manera *liminar*, podrá calificar la denuncia y determinar si es conveniente formalizar una *investigación preparatoria* o no. En caso de que arribe a la conclusión de que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, por las causales expuestas en el artículo 334°, inciso 1, del NCPP, ordenará el archivo de la denuncia. En estos casos la decisión del fiscal, si es que no fuera recurrida ante el superior dentro del plazo establecido por ley (artículo 334°, inciso 5, del NCPP), adquirirá la calidad de disposición consentida.

La calificación de la denuncia es sumamente importante, no solo porque mediante ella se puede evitar dar inicio a un proceso de investigación para aquellos supuestos en los que la veracidad de la denuncia puede ser desvirtuada fácilmente, o cuando el caso no es competencia de la vía penal, o no es posible obtener mayores elementos de convicción; sino porque, además, la facultad del fiscal de archivar los actuados solo se puede dar hasta antes de la formalización de la *investigación preparatoria*. Luego de tal disposición se tendrá que realizar una *Audiencia de Control de Sobreseimiento* y solo con la anuencia del juez la causa podrá ser archivada.

Es importante destacar que las disposiciones del fiscal de archivamiento del caso implican la imposibilidad de que dicho caso pueda ser promovido por otro fiscal. Excepcionalmente, la norma deja abierta la posibilidad de reabrir la investigación si es que se aportan nuevos elementos de convicción o se acredita que la denuncia no fue debidamente investigada (artículo 335° del NCPP).

---

[31] MÁVILA LEÓN, Rosa, *op. cit.*, p. 125.

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que cuando el fiscal, en su disposición de archivo, señala que los hechos denunciados no constituyen delito o no son justiciables penalmente, o son de naturaleza extrapenal y dicha decisión ha sido ratificada por el fiscal superior luego de una *queja de Derecho*, se da la figura de la cosa decidida en sede fiscal, no siendo procedente reabrir otra investigación por los mismos hechos. Cabe hacer notar que en este supuesto es irrelevante que se presenten nuevos elementos de convicción, pues el archivo no fue por la falta de estos, sino porque los hechos imputados (aun estando fundados en elementos de convicción) no constituyen delito.

Concluidas las *diligencias preliminares*, ya sea dentro de su plazo ordinario o ampliatorio, el fiscal puede disponer el archivo de lo actuado por considerar que, conforme a las diligencias efectuadas, el hecho denunciado no constituyen delito, no es justiciable penalmente o existe una causa de extinción. Asimismo, puede disponer la *reserva provisional de la investigación*, con la finalidad de que el agraviado cumpla con un requisito de procedibilidad o, por otro lado, puede requerir de la incoación del *proceso inmediato* una vez culminadas las *diligencias preliminares* (artículo 330° del NCPP). También puede disponer la formalización y continuación de la *investigación preparatoria* por aparecer indicios reveladores de la existencia de un delito, que no ha prescrito el ejercicio de la acción penal, se ha individualizado al autor y que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad si el hecho ilícito lo requiriese.

2.7. Formalización y continuación de la investigación preparatoria

Una vez terminado el plazo para la realización de las diligencias preliminares, el Fiscal, si considera que se dan los elementos materiales; es decir, que existen indicios reveladores de la existencia de un delito, que no ha prescrito el ejercicio de la acción penal, se ha individualizado al autor, y que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad si el hecho ilícito lo requiriese, podrá dictar la *disposición*, con la cual se da inicio a la investigación formalizada. Esta disposición de la formalización y continuación de la investigación preparatoria debe ser comunicada al Juez de la investigación preparatoria. El Juez de la investigación preparatoria, no po-

drá hacer un control de la formalización de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, pues con ello, estaría invadiendo la competencia del Fiscal. Lo contrario ocurre con las disposiciones de requerimiento de sobreseimiento y acusación, las cuales sí ameritan el control judicial en una audiencia para dicho propósito.

La investigación preparatoria es definida en el artículo 321°, inciso 1, como la etapa que persigue reunir los elementos de convicción, cargo y descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no la acusación y, en su caso, al imputado a preparar su defensa. Los profesores chilenos A. Baytelman y M. Duce, respecto a la investigación preparatoria manifiestan lo siguiente: «La investigación es preparatoria porque reunir elementos de convicción necesarios para determinar si hay causa probable y base suficiente para iniciar un juicio oral»[32].

Por otro lado, y en esta misma línea doctrinaria, el profesor peruano Mario Pablo Rodríguez Hurtado señala lo siguiente: «Es preparatoria porque construye la pretensión punitiva y deja expedito para la verdadera actuación probatoria y cabal debate en juicio. Compuesta de actos que recogen información sobre el delito y su autor, los que no tienen calidad de prueba»[33].

En la investigación preparatoria, el Fiscal no podrá repetir los actos de investigación llevados en las diligencias preliminares; podrá, en casos necesarios, ampliarlas, mas no repetirlas. En la tipificación, el Fiscal no debe limitarse a indicar en qué artículo del Código Penal se encuadra el hecho delictivo, sino que tiene que ir más allá; es decir, además de ello, deberá indicar cuáles han sido los motivos que lo han llevado a calificar el hecho como un determinado delito (establecer que el hecho es ilícito, porque concurren los elementos normativos y descriptivos del tipo penal, además de establecer las proposiciones fácticas y jurídicas de dicha conclusión), y deberá *motivar*. Dicho en otras palabras, deberá descomponer los elementos de la norma penal que tipifica el hecho, luego realizar afirmaciones sobre hechos que satisfaga cada elemento de la norma

---

[32] BEYTELMAN A., Andrés y J. MAURICIO DUCE, *op. cit.*, p. 22.
[33] RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, *op. cit.*, p. 125 y ss.

que invoca y cada afirmación sobre el hecho debe contar con actos de investigación que se deberán realizar en la investigación preparatoria que, luego de su actuación, la acrediten (salvo que ya se haya logrado el objetivo en las diligencias preliminares).

Lo que se busca con la investigación preparatoria es justamente la recopilación de los medios de prueba necesarios para sustentar la acusación en el juicio oral, pero si esta se hace innecesaria porque en las diligencias preliminares se recopiló toda la información y los elementos de prueba suficientes como para sustentar la acusación del Ministerio Público, este puede prescindir de dicha etapa investigatoria y proceder a formular directamente su acusación. Es decir, que si el Fiscal, luego de las diligencias preliminares, está en condiciones de armar una *Teoría del caso* y plasmarla en una acusación, no tendrá que esperar a que el plazo de la investigación preparatoria venza para recién acusar, pues en ese sentido la norma es flexible y, sobre todo, porque ello implica la abreviación de las diligencias y el tiempo en el proceso a seguir (artículos 336° y ss. del NCPP).

Las prerrogativas que tiene el representante del Ministerio Público en la investigación formalizada, conforme lo señala el artículo 337° del nuevo ordenamiento adjetivo, son las siguientes:

- Puede disponer la concurrencia del imputado, agraviado, testigos y peritos; en caso de insistencia puede disponer la conducción compulsiva.
- Puede solicitar información a cualquier particular o funcionario público.
- Puede disponer la realización de las diligencias, necesarias e indispensables para el esclarecimiento del caso.
- Puede ordenar la realización de diligencias solicitadas por la parte. Aquellas que estime conducentes.
- Puede rechazar la solicitud de las partes de realización de diligencias, las cuales pueden acudir al Juez de la investigación preparatoria.
- Debe requerir la intervención judicial para la actuación de prueba anticipada o la imposición de medidas coercitivas.

Por otro lado, el representante del Ministerio Público, cuando exista complejidad y gravedad del caso, podrá autorizar a la Policía Judicial o al ente auxiliar que corresponda a la realización de actos especiales de investigación, tales como:

- La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, que consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen por territorio nacional o salgan o entren en él, sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos fines.

- La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos, los bienes delictivos objeto de esta técnica están previstos en el artículo 340°, inciso 4.

- El agente encubierto, esto es autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, actuar bajo identidad supuesta, adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, además de diferir la incautación de los mismos.

2.8. Plazo de la investigación preparatoria

Investigación que comienza con la disposición formal del Ministerio Público y culmina en el plazo de 120 días prorrogables a un máximo de 60 días, si la investigación no es compleja, pues de serla su plazo es de 8 meses, prorrogables por igual término. Cabe hacer notar que solo podrá ser declarado complejo un caso, en los supuestos establecidos en el NCPP.

Habrá que recalcar, en un primen orden que el estadio procesal de la Investigación Preparatoria Formalizada comienza con la disposición formal del Ministerio Público y culmina en el plazo de 120 días, prorrogables a un máximo de 60 días, si la investigación no es compleja, pues de serla su plazo es de 8 meses, prorrogables por igual término. Si se tratara de una investigación seguida contra integrantes de una presunta organización criminal el plazo de investigación es de 36 meses prorrogables por otros 36 meses, cabe hacer

notar que solo podrá ser declarado complejo un caso, en los supuestos establecidos en el NCPP.

Habiendo efectuado entonces un primer análisis sobre el objeto materia de estudio, corresponderá ahora tener en consideración otro tema vinculado al ya desarrollado, como lo es la prórroga del plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada o propiamente dicha, para tal efecto, es menester hacer hincapié en otro pronunciamiento de la Corte Suprema tal como el recurso de casación N°309-2015-Lima

Casación N°309-2015-Lima

A efectos de desarrollar los alcances de la citada casación debemos precisar que se efectúa en el marco de la Investigación seguida contra Gregorio Santos Guerrero y otros por la presunta comisión del delito contra la Tranquilidad Pública-Asociación Ilícita para delinquir, la misma que inició con la emisión de la disposición de inicio de diligencias preliminares el 27 de setiembre del 2012, bajo la aplicación del NCPP. Debe hacerse hincapié que hasta aquel entonces, no se entraba en vigencia la Ley N°3077-Ley contra el Crimen Organizado- siendo ello así el 13 de Mayo del 2014 se formaliza la investigación preparatoria contra los referidos procesados, bajo el contexto que el denominado caso era uno de naturaleza compleja. Posteriormente el 30 de diciembre del 2014 el representante del Ministerio Público solicita la ampliación del plazo de la Investigación Preparatoria propiamente dicha por un plazo de 14 meses; sin embargo corresponde precisar que el 1 de julio del 2014 entro en vigencia la denominada Ley contra el crimen organizado, la cual entre otros criterios considera que el plazo de la Investigación Preparatoria seguida contra integrantes de organizaciones criminales es de 36 meses.

Bajo ese contexto, y habiéndose concedido la ampliación del plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada por 11 meses en primera instancia, el representante del Ministerio Público, formula recurso de apelación, al igual que el representante de la defensa técnica, siendo que la Sala Penal de Apelaciones Nacional, confirmó la resolución de primera instancia, razón por la cual el representante de la defensa técnica formula el requerimiento de casación correspondiente.

Habiendo desarrollado el contexto en el que se desarrolla los presupuestos de la citada Casación, corresponde precisar que los criterios en los que se sustenta el recurso de casación interpuesto son: I) el desconocimiento de los principios de plazo razonable y proscripción de delaciones indebidas, II) la errónea interpretación de los plazos que empezaron a computarse y la aplicación ultractiva de la ley vigente en el momento inicial, III) se considera que la Sala confunde los términos de plazo y acto procesal, dado que la prolongación de algún plazo se ínsita al plazo ordinario, pues no existiría sin este.

Siendo así, la Corte Suprema ha considerado pertinente señalar una primera aproximación para el desarrollo del tema a modo de esclarecimiento, señalando en su fundamento tercero lo siguiente:

> «TERCERO. I) El Tribunal Constitucional en reiterada y uniforme jurisprudencia ha señalado que las normas procesales penales se rigen por el principio de *tempus regis actum*, el cual establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Principio que supone la aplicación inmediata de la ley procesal al acto procesal solicitado, más no que a través de ella se regulen, modifiquen o se dejen sin efecto actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior, resaltándose de ese modo la regla de preclusión, en tanto que los actos procesales ya cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la norma anterior no pueden modificarse».

En atención a tal pronunciamiento del Tribunal Constitucional, reconocido por la Corte Suprema en el desarrollo de la citada casación, corresponde añadir que la solicitud de prórroga presentada por el Ministerio Público debe ser entendida como la postulación de un nuevo acto procesal, tanto más si el proceso penal es un conjunto de actos sistemáticos regulados por la ley procesal y que se desarrollan de forma gradual de forma progresiva, siendo cada uno consecuencia del anterior; sin embargo dotados en ese sentido de independencia. La concepción de plazo, por su lado responde a un periodo de tiempo en el cual se puede llegar a realizar la actuación procesal correspondiente.

Siendo ello así, la investigación Preparatoria tiene una finalidad, la misma que el código adjetivo le ha reconocido en el artículo 321 del citado cuerpo legal y que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 321 Finalidad. -

La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

En atención a ello, para poder determinar el plazo de la investigación Preparatoria Formalizada han de considerarse los siguientes elementos:

- Gravedad y naturaleza del delito imputado
- Características del hecho objeto de investigación
- Dificultad de los actos de investigación pertinentes y útiles
- Actitud del Fiscal y del encausado

En el caso de la prórroga de la investigación, debe tenerse presente la complejidad para desarrollar un determinado acto de investigación. Corresponde precisar que los elementos citados que se encuentran orientados para fijar el plazo de investigación deben tenerse presente al momento de emitir la disposición de inicio de diligencias preliminares; sin embargo la prórroga de la misma debe estar contenida en otra disposición, por lo que debe ser entendida como un nuevo acto procesal, consecuencia del anterior y dotada de autonomía por la naturaleza de su contenido, así también lo ha entendido la Corte Suprema en su fundamento 10.2, el mismo que señala lo siguiente:

Décimo Segundo. (...) La prórroga requiere de una disposición fiscal; es decir es un acto procesal. En ese sentido la disposición con la que inicia el plazo de investigación constituye un acto procesal, y el requerimiento de prórroga del plazo, otro; pues no es de aplicación automática ni de oficio,

sino que necesita ser postulado por el Fiscal, al Juez de Investigación Preparatoria, que debe someterlo a audiencia con la defensa del imputado; en consecuencia, son actos procesales con criterios autónomos propios desplegados por las partes y el órgano jurisdiccional.

Partiendo de ello, y a efectos de dilucidar si la Ley N°30077-Ley contra el crimen organizado- es aplicable al plazo de las investigaciones formalizadas con anterioridad a su vigencia, resulta necesario analizar la ley procesal contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el mismo que normativamente señala lo siguiente:

Artículo VII. Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal:

1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.

3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.

4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.

Como se desprende de una interpretación literal de la norma procesal, el inciso 1° precisa que, la ley procesal tiene un aplicación inmediata, tal es así que en el caso en concreto, la Ley 30077-Ley contra el crimen organizado- si bien se promulgó posterior a que se

emitiera la disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, ello debe entenderse como un acto procesal autónomo del requerimiento de ampliación del plazo de la Investigación Preparatoria, el mismo que se postuló ante el órgano jurisdiccional cuando ya se encontraba en vigencia la citada Ley contra el Crimen Organizado, ello en aplicación del principio procesal *tempus reis actum*, el mismo que ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname*, señalando lo siguiente:

> «la norma procesal se aplica al momento de entrada en vigencia de la misma, la aplicación inmediata de normas que regulan el procedimiento (principio de *tempus regit actum*) no es contraria a los principios de legalidad e irretroactividad. No obstante, el Tribunal Europeo determina en cada caso si la disposición legislativa en cuestión, independientemente de su denominación formal, contiene reglas estrictamente procesales o de derecho penal material, en el sentido que afectan al tipo delictivo o a la severidad de la pena. En ese sentido, el principio de legalidad («no hay pena sin ley») establecido en el artículo 7 del CEDH solo se aplica a las normas o medidas que definen los tipos delictivos y las penas o su alcance»

De lo ya expresado se tiene que, la aplicación inmediata de las normas que regulan el procedimiento no quebrante el principio de legalidad u irretroactividad en tanto la aplicación favorable al procesado se encuentra dada en normal a la norma penal en sentido estricto, más no a la procesal, entendido esto tanto por la normativa nacional, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la citada resolución, razón por la que, partiendo de la noción que la solicitud de prórroga del plazo de la Investigación Preparatoria Formalizada, constituye la postulación de un nuevo acto procesal independiente de la Formalización de Investigación Preparatoria, resulta aplicable el inciso 1° del artículo VII del Título Preliminar de la Investigación Preparatoria, el mismo que dispone la aplicación de la norma procesal vigente al momento de resolver la cuestión planteada.

En ese sentido pues, se concluye que no es posible adecuar el plazo inicial de Formalización de la Investigación Preparatoria de 8

meses cuando a la fecha de postulación del requerimiento de ampliación de dicho plazo, el mismo que debe ser entendido como un nuevo acto procesal, ya se encontraba en vigencia la denominada Ley contra el Crimen Organizado, por lo que, en debido respeto por el artículo VII del Título Preliminar del NCPP corresponde aplicar el inciso 1° del mismo, tanto más si se hace referencia a una norma de carácter procesal más no material.

Bajo ese contexto resulta indispensable sostener también que una vez formalizada la Investigación Preparatoria, y fijada una vez la extensión temporal, esta ya no es posible de ser prorrogable sucesivamente. Ello se encuentra debidamente desarrollado por la Corte Suprema en la Casación 1682-2017-Puno, la cual será objeto de estudio en el presente capítulo.

Casación 1682-2017-Puno

La citada casación desarrolla la noción si una vez culminado el plazo inicial fijado en la formalización de la investigación preparatoria, y solicitada la prórroga del mismo, una vez ya concedida puede volverse a solicitar la extensión temporal por el plazo restante hasta cumplir con el máximo legal, al respecto la Corte Suprema ha sido sostenido con precisión lo siguiente:

> **CUARTO:** (...) si se trata de una investigación compleja, como ha sido calificada la que es materia de la causa, la prórroga del plazo ordinario está sujeta a una decisión del Juez de Investigación Preparatoria (artículo 342°, apartado 2°, ultima oración del Código Procesal Penal), distinto es el caso de una investigación simple, en el que la prórroga la fija el propio Fiscal (artículo 342° apartado 1°, última oración del Código citado). La prórroga judicial siempre es objeto de un trámite contradictorio entre las partes procesales.

Sin embargo, dicha noción se forma en base a ciertos criterios objetivos que deberán ser tomados en cuenta al momento de disponer la prórroga de la Investigación Preparatoria, tales como:

- Las diligencias de investigación que objetivamente resulten indispensable para el esclarecimiento de los hechos.
- Los obstáculos incontrolables surgidos en el avance de la Investigación Preparatoria Formalizada y las dificultades con-

cretas que atravesó el curso de la investigación. Asimismo deberá examinarse el derecho al plazo razonable.

- La situación jurídica del imputado- si se encuentra como preso preventivo y/o si sus bienes han sido afectados coercitivamente, si está sometido a alguna limitación relevante de sus derechos
- El cumplimiento del deber de diligencia que corresponde al Fiscal
- La gravedad y trascendencia social de los hechos investigados.

En base a los criterios antes expuestos se concluye que, fijada la extensión temporal por parte del órgano jurisdiccional, esa ya no es prorrogable sucesivamente, puesto que, debe entenderse que este plazo adicional, el cual es la prórroga, es uno de carácter excepcional, que se encuentra orientado a cumplir con los lineamientos citados líneas arriba. Precisamente así lo ha entendido la Corte Suprema de la Republica, al sostener en el fundamento 4.2 de la aludida casación lo siguiente:

> (...) Fijada la prórroga por el Juez y determinada su extensión temporal, está ya no es prorrogable sucesivamente. La prórroga es única-la autoridad penal solo tiene una oportunidad para decidir, por su propia naturaleza, una institución excepcional- y sujeta a valoración judicial.

2.9. Conclusión de la investigación preparatoria

El Fiscal no necesita esperar que se cumpla el tiempo máximo fijado para la investigación, a fin de darla por concluida y como consecuencia de ello, proceder a formular acusación, pues dadas las circunstancias y si a consideración del Fiscal se ha reunido medios de prueba suficiente que sustente no solo su acusación, sino también el debate probatorio en el juicio oral, este dará por concluida dicha etapa procesal.

Es importante mencionar que todos los medios de prueba reunidos en la investigación, no tienen aún el valor suficiente de prueba, para su acreditación como tales, deberán someterse a la produc-

ción mediante el contradictorio, recién todo medio de prueba adquiere la calidad de prueba en el juicio oral y público.

En la etapa de investigación lo que se realiza es la recolección de los elementos de convicción, mediante actos de investigación, que servirán posteriormente al término de la investigación preparatoria, para que el Fiscal pueda decidir si formula una acusación o hace un pedido de sobreseimiento al Juez.

Un cuestionamiento que surge en torno a la conclusión de la Investigación Preparatoria Formalizada es determinar cuándo efectivamente debe darse por concluida, al respecto el código adjetivo en el artículo 343° señala lo siguiente:

Artículo 343 Control de Plazo.-

El Fiscal dará por concluida la Investigación Preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aun cuando no hubiere vencido el plazo.

Si vencidos los plazos previstos en el artículo anterior el Fiscal no dé por concluida la Investigación Preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria. Para estos efectos el Juez citará al Fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo, quien luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución que corresponda.

(...)

De una lectura integral de la norma procesal se concluye que, si el defensor de la legalidad ha obtenido los elementos de cargo o descargo que considere necesarios para poder, ya sea emitir un requerimiento acusatorio o de sobreseimiento, es que dará por culminada el estadio procesal de la Investigación Preparatoria, pese a que no haya vencido el plazo de investigación de forma íntegra; sin embargo el inciso 2° del citado artículo sostiene que una vez vencido el plazo las partes pueden solicitar su conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria. Es precisamente aquí donde se cuestiona si es necesaria la emisión de la disposición de conclusión de la Investigación Preparatoria o se pueda dar fin a esta de forma material con el solo vencimiento del plazo. Al respecto la Corte Suprema de

la República ha desarrollado dicho cuestionamiento en el recurso de casación N°613-2015-Puno

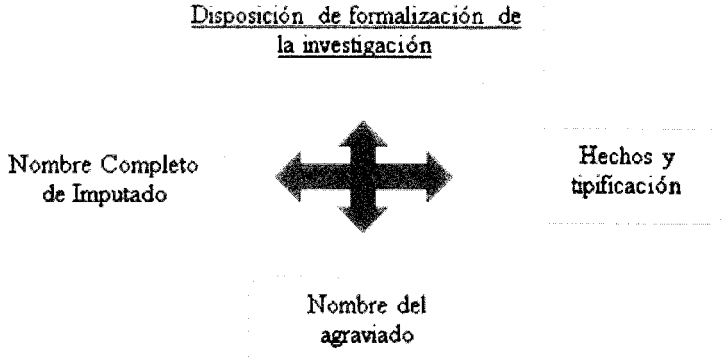
Casación N°613-2015-Puno

Bajo un primer análisis, es de verse que la citada casación plasma uno de los principios rectores del nuevo sistema procesal penal de corte adversarial, el mismo que implica una división de funciones, en la cual se le otorga al Ministerio Público, en base al artículo 159° de la Constitución Política del Perú, la facultad de dirigir la investigación del delito, y por otro lado recae en el Poder Judicial la facultad discrecional de decisión, es decir, la de juzgar y emitir pronunciamiento debidamente motivado, es en ese sentido que se ha precisado lo siguiente:

> **SÉPTIMO**. Una de las líneas rectoras del nuevo proceso penal, como consecuencia de la asunción específica del principio acusatorio, es la separación de funciones de investigación y juzgamiento. De esta manera, constitucionalmente, la investigación penal está a cargo del fiscal y la decisoria a cargo del juez. Esta separación de funciones tiene su base en el numeral cuaxo, del artículo 159, de la Constitución Política del Perú, cuando señala que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito. Con la adopción del sistema procesal acusatorio y la estructura del proceso penal común, tanto el Ministerio Público como los órganos jurisdiccionales deben asumir plenamente las competencias exclusivas y excluyentes que la Constitución les asigna.

Tal es así que se cuestiona el contenido de norma procesal, específicamente lo consagrado en el inciso 2° del artículo 343° del código adjetivo, el mismo que sostiene que ante el incumplimiento del plazo previsto en el artículo 342° de la citada norma, el cual corresponde a la Investigación Preparatoria Formalizada, las partes podrán recurrir al Juez de Investigación Preparatoria, quien convocará a las mismas para una audiencia de control de plazo, posterior a ello emitirá resolución debidamente motivada; sin embargo, corresponde precisar que el fiscal, como director de la investigación, a través de una disposición fiscal es quien dará por concluida la Investigación Preparatoria cuando considere que ha cumplido su ob-

jeto. Esta no puede ser concluida por el juez con el solo vencimiento del plazo legal; ante la ausencia de la respectiva disposición fiscal.

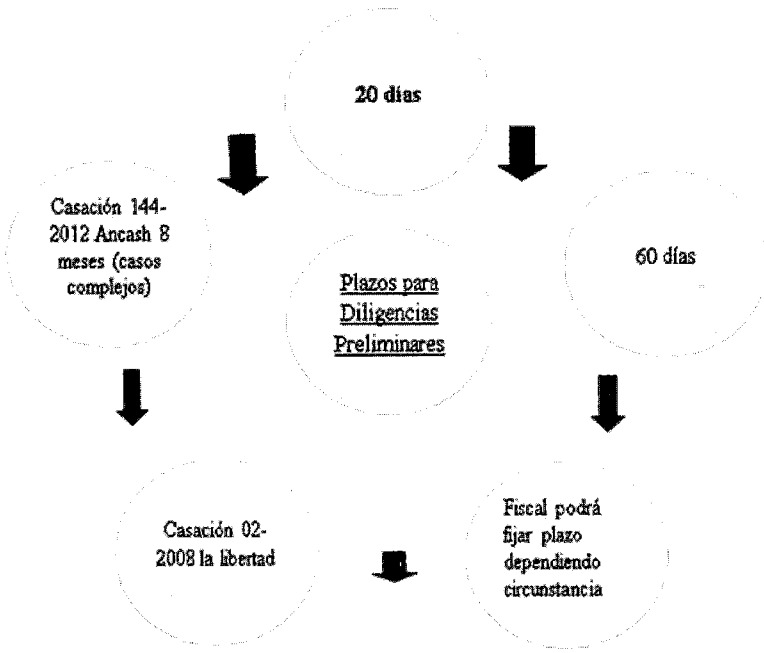


2.10. Conclusiones de la etapa de investigación preparatoria

- Permitir al Fiscal decidir si acusa o pide el sobreseimiento, y al imputado preparar su defensa (artículo 321° del NCPP).
- Compuesta de actos que recogen información sobre el delito y su autor, los que no tienen calidad de prueba (artículo 325° del NCPP).
- Sus notas de reserva y no contradicción la diferencian del juicio público y oral.
- Es preparatoria porque construye la pretensión punitiva y deja expedito el camino para la verdadera actuación probatoria y cabal debate en juicio.
- El Fiscal es quien debe desarrollar una objetiva y eficaz labor de indagación; de ahí que se la identifique como etapa en la que el Ministerio Público ejerce señorío (artículo 159° de la Constitución Política).
- El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función (artículo 159°, inciso 4, de la Constitución Política y artículo 60° del NCPP).
- La intervención de los sujetos procesales se da mediante el imputado y su defensor técnico, aportando información so-

bre medios de prueba de descargo y solicitando actos de investigación (artículos 65° y 71° del NCPP); asimismo, el juez de investigación preparatoria adoptará decisiones en el procedimiento cautelar, ejerciendo labores de tutela y control (artículo 29° del NCPP).

- Se establece el concepto y horizonte sustancialmente objetivos del informe policial, antes «atestado», no permitiendo calificaciones jurídicas del hecho (artículo 332° del NCPP).
- La incorporación del sistema de audiencias para la resolución de incidentes (artículo 8° del NCPP).



Plazo Razonable

Habiendo desarrollado los lineamientos de la Investigación Preparatoria, tanto de la sub etapa de diligencias preliminares como la Investigación Preparatoria Formalizada, es de verse que en ambos estadíos procesales se ha hecho referencia al término «plazo razonable» , el mismo que debe ser entendido en base a ciertos criterios no solo desarrollados por la Corte Suprema de la Republica, los mismos que ya han sido desarrollados, sino que también debe tenerse presente los diferentes pronunciamiento tanto del Tribunal Consti-

tucional como de la CIDH, al respecto se desarrollarán algunos pronunciamientos sobre el tema en mención.

EXP N°5228-2006-PHC/TC-SAMUEL GLEISER KATZ

El desarrollo de la presente causa ante el Tribunal Constitucional se da en el marco de una investigación fiscal iniciada en el 2003 contra Samuel Gleiser Katz, quien al recurrir vía recurso de agravio constitucional ante el Tribunal antes señalado, ha argumentado la afectación a su derecho al debido proceso así como a su libertad individual, ello dado que ha considerado una evidente demora en la duración de la investigación pre jurisdiccional.

Por aquel entonces, el plazo de investigación no poseía la regulación legal y jurisprudencial de la que hoy consta, vacío que fue advertido por los integrantes del honorable Tribunal Constitucional, razón por la cual se ha considerado pertinente señalar criterios jurídicos que lleven a determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de investigación.

Si bien el Ministerio Público, constitucionalmente es reconocido como un órgano autónomo, sus actividades se ven limitadas por el principio de interdicción a la arbitrariedad, entendiendo así que el Fiscal no podrá desarrollar la investigación por un tiempo prolongado, dado que si fuera así se afectaría el principio de seguridad jurídica. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en otros pronunciamientos, como en el **EXP N° 06167-2005-PHC/TC.FJ30**, en el cual ha señalado lo siguiente:

> «El grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinara si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica»

Los criterios antes expuestos evidencian un deber de todo Estado Constitucional de Derecho, el cual es tutelar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, entendidos estos dentro de su eficacia horizontal como vertical, surgiendo así como límites al poder puniti-

vo del Estado, debe entenderse que el permanecer durante un periodo excesivo de tiempo en calidad de investigado, constituye de por si una afectación al derecho de presunción de inocencia, dado que el investigado se encuentra inmerso en una esfera de sospecha permanente. Así lo ha entendido el legislador al plasmarlo en la Constitución Política del Perú, específicamente en el artículo 2°, inciso 24°, literal e), lo que implica lo siguiente:

> «Cuando existe el procesamiento y mucho antes, es decir, con la sola imputación por parte de cualquier otro miembro de la sociedad (el fiscal, la policía, el vecino, la prensa) el principio que rige es que la persona no sea señalada como culpable hasta que una sentencia no lo declare como tal»[34].

Partiendo de la noción de tutela de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional consta de legitimidad para determinar la constitucionalidad de los actos del Ministerio Público, incluyendo aquellos que se desarrollan dentro del marco de la diligencia preliminar o también denominada, etapa pre jurisdiccional. Ello debe ser interpretado de conformidad con el artículo 1° de la Constitución Política del Perú el cual consagra que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo del Estado.

Es así que el Tribunal Constitucional ha entendido que una de las garantías que derivan del debido proceso es el plazo razonable. Cabe precisar que el ente constitucional no puede fijar plazos en forma legislativa, pero si fijar criterios que lleven a determinar la esencia del mismo, ello en ejercicio de su deber de tutelar derechos fundamentales.

Siendo ello así, el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú a efectos de considerar la razonabilidad del plazo de investigación fiscal, ha considerado pertinente señalar dos tipos de criterios: uno subjetivo y otro objetivo. Dentro del primero quedan comprendidos 1) la actuación del Fiscal y 2) la actuación del procesado, mientras que en el segundo se considera la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

---

[34] QUISPE, Fanny. *El derecho a la presunción de inocencia*. Lima: Palestra Editores,2001, p. 61.

Los mismos han sido debidamente desarrollados por el Tribunal Constitucional, quien en el considerando 15 de la citada resolución ha previsto lo siguiente:

> «los criterios subjetivos, como ya se adelantó, están referidos a la actuación tanto del investigado como del Fiscal a cargo de la investigación pre jurisdiccional. En cuanto se refiere al investigado se debe tener en cuenta la actitud obstruccionista del investigado el cual puede manifestarse en, 1) la no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación, 2) el ocultamiento o negativa, injustificada o entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación, 3) la recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación pre- jurisdiccional y 4) en general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal»

Es en ese orden de ideas, la actuación desplegada por el representante del Ministerio Público, debe ceñirse a criterios de capacidad para poder dirigir eficientemente la investigación, de tal forma que se realicen actos de investigación diligentes, es decir la realización de aquellos actos de investigación conducentes o idóneos para la formulación de la denuncia respectiva, o lo que se conoce como Formalización de la Investigación Preparatoria, es decir, independientemente si el Fiscal realiza un sin número de actos de investigación. Este actuar también podría ser considerado como inactividad fiscal, si ninguna de dichos actos de investigación guardan relación directa o indirecta con el objeto de investigación.

En cuanto al criterio objetivo se refiere, deberán considerarse no solo la dificultad del hecho materia de esclarecimiento, adicionalmente el número de investigados, tanto más si se tiene la supuesta participación de organizaciones criminales, lo que demandaría una serie de diligencias especiales de investigación que requerirían un tiempo adicional para su realización. Asimismo, el grado de colaboración de las demás entidades estatales cuando así lo disponga el representante del Ministerio Público.

Estos mismo argumentos han sido respaldados de forma uniforme por el Tribunal Constitucional, en la causa tramitada en el **EXP N° 3509-2009-PHC/TC-**, sosteniendo adicionalmente que los actos postulatorios del Ministerio Público, si bien son emitidos por un estamento del Estado, ellos no se legitiman en sí mismo, sino que se dan a partir del respeto de las garantías constitucionales y valores denominados principios rectores del proceso penal.

EXP N° 3509-2009-PHC/TC-WALTER GASPAR CHACON MÁLAGA

El desarrollo del presente expediente se da en el marco del recurso constitucional de Habeas Corpus interpuesto por Walter Gaspar Chacón Málaga, ello dado que a partir del 28 de noviembre del 2000, se le inicia una investigación fiscal, siendo que el 19 de enero del 2001 se formaliza la denuncia correspondiente ante el órgano jurisdiccional. La causal de afectación que ha sostenido es el derecho al plazo razonable, dado que desde la fecha que se formalizo la denuncia penal, hasta la presentación del recurso de habeas corpus, han transcurrido cerca de 8 años, pese a ello aún no se ha emitido resolución de primera instancia que defina su situación jurídica.

Siendo ello así, corresponde precisar que, la libertad entendida como derecho fundamental, ha sido objeto de tutela frente a privaciones arbitrarias, siendo uno de sus antecedentes el interdicto de ***homine libere exhibendo***, el mismo que constituía una especia de acción popular ejercitable por cualquier persona en favor de aquel individuo privado de su libertad indebidamente. Sobre la admisibilidad del recurso de habeas corpus, corresponde precisar que dicho recurso no solo tutela la libertad personal como derecho fundamental, en sentido estricto, sino que también se ha extendido a aquellos derechos conexos, dicha postura es conocida como la concepción amplia del habeas corpus, y así lo ha reconocido el Código Procesal Constitucional, al precisar en el artículo 25° de dicho cuerpo normativo, lo siguiente:

> Art 25 CPC.- También precede el habeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual,

especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio

Dicho ello, se desprende que, el ámbito de protección del habeas corpus, no solo se limita a tutelar la libertad personal como tal, sino que también entiende que el debido proceso es un derecho conexo al de la libertad, tanto más si de la afectación al primero de ellos se puede ocasionar una limitación injustificada del segundo. Para tal efecto resulta imprescindible desarrollar la conexidad entre debido proceso y libertad personal, siendo estatuida dicho noción en la Constitución Política del Perú, la misma que señala lo siguiente:

Art 139°. 3 Son principios y derechos de la función jurisdiccional

(...)

3° La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales, creadas al efecto cualquiera sea su denominación»

Sin embargo, su ámbito de protección no solo se da a nivel nacional, sino también involucra una sede supranacional, como lo es, lo contemplado en el artículo 14° inciso 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el mismo que a la letra señala lo siguiente:

(...)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

Otro instrumento internacional que tutela el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, entendido este como garantía implícita del derecho al debido proceso es la Convención America-

na de Derechos Humanos, el mismo que en el artículo 8°, inciso 1° de dicho cuerpo normativo precisa lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Dichas disposiciones contempladas en los instrumentos internacionales antes citados son de aplicación en el territorio nacional, ello en la medida que, la 4° disposición final y transitoria contemplada en la Constitución Política del Perú, sostiene que, las normas relativas a libertades y derechos que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.

En atención a lo desarrollado precedentemente, es de verse que en el **EXP N°5228-2006-PHC/TC-SAMUEL GLEISER KATZ,** el Tribunal Constitucional, sostuvo que a efectos de determinar el plazo razonable dentro del cual una persona deberá ser investigada, deben considerarse tanto un criterios objetivo, en el cual se comprende la naturaleza del objeto de investigación, y uno subjetivo, en el cual queda comprendido el comportamiento tanto del Fiscal y el procesado en el devenir del proceso en sí; sin embargo en la causa materia de estudio, es de verse que el objeto de tutela del plazo razonable ha seguido una evolución jurisprudencial, tal que adicionalmente a dichos criterios se ha considerado también la complejidad del asunto, criterios adicionalmente adoptado también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Genic Lacayo y Suarez Rosero, y a su vez por el Tribunal Constitucional quien en la sentencia sobre el caso Berrocal Prudencio, tramitada en el EXP N°2915-2004-HC/TC ha sostenido lo siguiente:

«Para valorar la complejidad de un caso es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad

> probatoria, para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad que la dilucidación de una determinada causa resultada particularmente complicada y difícil»

Precisamente, la complejidad del asunto materia de esclarecimiento no solo se encuentra limitada al número de investigados, sino también al número de agraviados y las diligencias que requieran la participación de personal especializado, tal es así que en el supuesto que sea necesario una pericia contable para acreditar o no el desbalance patrimonial de una persona involucrada en una investigación por Lavado de Activos, se requerirá el empleo de un determinado tiempo, a efectos de recabar el resultado solicitado, tanto más si por su especialidad dicho acto de investigación no podrá ser realizado estrictamente por el representante del Ministerio Público.

Del mismo modo, resulta menester señalar que, en cuanto al comportamiento del procesado en el devenir del proceso seguido en su contra, debe diferenciarse dos posturas que demarcan dicho criterios, es decir, si el procesado mediante la presentación de recursos procesales hace ejercicio legítimo de un derecho, el cual es su derecho de defensa o ello deberá ser considerado como una actividad obstruccionista del mismo, al respecto debe precisarse que el uso de medios procesales que la ley prevé deben ser empleados bajo los parámetros de razonabilidad, de tal forma que, estos no sean rechazados liminarmente, o desde su presentación se deduzca que será rechazada la petición que contiene. Asimismo si bien es un derecho del investigado el no autoincriminarze, el cual el código adjetivo consagra en el artículo IX.2 del título preliminar del NCPP, este precisa lo siguiente:

> «Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad». Luego, el ámbito de protección de la garantía, es evitar la declaración coactiva, basado en el principio de incoercibilidad de la declaración del imputado».

Si bien es cierto, el citado cuerpo normativo específica que ninguna persona está obligada a sostener alguna declaración que lo vincule con la culpabilidad del hecho investigado, ello no debe confundirse con el actuar del mismo direccionado a narrar hechos falsos en su declaración a efectos de eludir o desvirtuar el curso de la investigación.

Por otro lado, la demora en la tramitación de una determinada causa también puede ser atribuible al órgano jurisdiccional como una falta de diligencia, el resolver incumpliendo los pazos fijados por ley, o el dispones la acumulación de dicho proceso junto con otro, por el cumplimiento aparente del principio de triple identidad. Sin embargo si el mismo llegara a disponer una desacumulación posterior, este sería una causal atribuible al órgano jurisdiccional más no al procesado.

En ese orden de ideas, se ha seguido con la evolución de la regulación de criterios para determinar la figura procesal de plazo razonable. En ese sentido, en un primer orden se establecieron dos criterios para poder determinar el mismo. Posterior a ello con el reciente pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, el mismo que ha sido objeto de estudio se amplió a tres, pese a ello dicho órgano constitucional ha escatimado esfuerzos y en ese sentido ha considerado un criterio más para considerar cuando se puede hacer alusión al plazo razonable, el mismo que se da en atención a la afectación que genera la demora en la situación jurídica del investigado, criterios que ha sido desarrollado en el **EXP N°0530-2009-PHC/TC.**

EXP N° 0530-2009-PHC/TC-JULIO ROLANDO SALAZAR MONROE

En ese orden de ideas, el contexto en el que se desarrollan los hechos argumentados en el expediente citado, se dan en torno a la investigación seguida contra Julio Rolando Salazar Monroe, por los hechos acaecidos contra los estudiantes de la universidad «La Cantuta»; sin embargo el mismo Tribunal que lo juzgo por dichos acontecimientos es aquel que lo está procesando por su participación en los hechos de «Barrios Altos», razón por la cual el direccionamiento de dicho recurso constitucional se encuentra

direccionado a determinar la imparcialidad de los magistrados intervinientes y en adelanto de opinión que puedan tener respecto a los hechos denunciados.

Sin embargo, un tema planteado de oficio por el Tribunal Constitucional es sobre el plazo razonable. Para poder tener un panorama claro de lo antes expuesto se ha recurrido a pronunciamientos de los organismos internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como e caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, del 9 de enero de 1997, el mismo que en el considerando 74° ha previsto lo siguiente:

> «74° El artículo 8° de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado «debido proceso legal» o «derecho de defensa procesal» que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial»

Siguiendo dicha línea jurisprudencial, la CIDH, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha sostenido que la razonabilidad del plazo debe analizarse efectuando un análisis global del procedimiento. La tutela del derecho a ser juzgado y por ende investigado dentro de un plazo razonable, tiene como finalidad impedir que una persona se encuentre en un estado de sospecha permanente, lo que ocasiona una lesión al derecho de presunción de inocencia,

El derecho a la presunción de inocencia reconoce dentro de su contenido cuatro posiciones de derecho fundamental, a saber, **(a)** Principio fundamental del proceso penal; **(b)** Directriz de tratamiento al imputado; **(c)** Regla de prueba; y **(d)** Regla de juicio. La existencia de estas posiciones, en nuestro ordenamiento, no se deduce directamente de la disposición de derecho fundamental directamente estatuida, deriva de la aplicación de la directriz de interpretación de las normas sobre derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales de derechos humanos –consagrada en la Disposición Final Cuarta de la ley fundamental–, que permite incorporar a aquélla las prescripciones de éstos sobre presunción de inocencia.

Toda vez que la propia Constitución prescribe la interpretación de sus normas sobre derechos conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, al extraer la norma jurídica contenida en el enunciado normativo del artículo 2°, inciso 24, literal e), de la Constitución Política, es decir, al delimitar el derecho a la presunción de inocencia no se puede obviar la posición de derecho fundamental de directriz de tratamiento al imputado, según la cual, toda persona imputada de una infracción punible debe ser considera inocente, mientras su responsabilidad penal no haya sido declarada judicialmente mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada

Así lo tiene declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) quien, en el Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México Sentencia de 15 de mayo de 2011 ha precisado lo siguiente:

> «33. En cuanto a la alegada afectación por parte de la Corte del principio de presunción de inocencia, este Tribunal ha señalado que este principio constituye un fundamento de las garantías judiciales que implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa, y que exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Asimismo, la Corte ha establecido que este principio es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. En este sentido, la presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable.

En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerada en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 01768-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 3 en el sentido que ha precisado que:

«Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)»

De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, »*(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada*» criterio adoptado en la Sentencia 01768-2009-PA/TC.

Presunción de inocencia como derecho fundamental

En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que «*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*». De esta manera, **el constituyente ha reconocido la *presunción de inocencia* como un derecho fundamental**. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana («*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*», artículo 1 de la Constitución), como en el principio *pro hómine*. (Sentencia 01768-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 4)

Doble carácter del derecho fundamental a la presunción de inocencia

No obstante, el desarrollo del derecho fundamental a la presunción de inocencia es pertinente hacer algunas precisiones adicionales a efectos de una cabal comprensión y tutela del derecho en mención. En primer lugar, se quiere decir que, como todo derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter. Esto es, que no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional. (Sentencia Tribunal Constitucional 01768-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 7)

En segundo lugar, el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales –como la detención preventiva o detención provisional–, sin que ello signifique su afectación, »*(...) porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho*» siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tántum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria. (Sentencia Tribunal Constitucional 01768-2009-PA/TC, Fundamento Jurídico 8)

> «Esta presunción, nacida del principio pro homine, demanda del juzgador la suficiente capacidad de equidad como para no asumir la responsabilidad de los acusados antes de que se realice la investigación o el procedimiento. De esta forma, la presunción de inocencia no requiere una causalidad entre un hecho y supuesto sancionable, sino un razonamiento jurídico a través del cual se determine una culpabilidad. Con la consecuente vinculación de los poderes públicos y su aplicación inmediata, este principio adopta un carácter de observancia obligatoria». (Sentencia del Tribunal Constitucional 3194-2004- HC/TC, fundamento jurídico 5)

Como consecuencia de ello, existen diversos criterios de lo que acarrea una violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, en un primer momento se habla de un quebrantamiento del derecho a la presunción de inocencia adicionalmente, el Tribunal Constitucional en la STC 03509-2009-PHC/TC ha precisado lo siguiente:

> «La violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable genera en el Estado una prohibición de continuar con la persecución penal, por cuanto la demora injustificada en la resolución del proceso penal (impartición de justicia) ocasiona

> la perdida de legitimidad punitiva. Ello porque la demora injustificada en resolución de un proceso penal constituye una denegación de justicia»

En atención a lo expuesto líneas arriba, se determina que la pérdida de legitimidad por parte del Estado por una causal de demora en la tramitación de la causa atribuible al órgano jurisdiccional, hace que este carezca de legitimidad para poder seguir el transcurso del proceso penal, ello en la medida que no otorga seguridad jurídica a los justiciables, entendida esta denominación como el respecto por los derechos fundamentales y las garantías mínimas que inspiran el debido proceso.

Extremos para el cómputo del plazo razonable

Es así que para referir al plazo razonable resulta necesario precisar los extremos en los que transcurre el mismo, al respecto no se cuenta con una posición uniforme en materia procesal dado que los pronunciamientos de la Corte Interamericana si bien es cierto se han centrado en fijar al primer acto del proceso penal como aquel que da inicio al computo del plazo razonable, el cuestionamiento surge en torno a la interpretación que pueda efectuarse de lo que se entiende por primer acto procesal, dado que en algunos supuestos el primer acto del proceso penal puede ser entendido como la aprehensión del investigado, mientras que en otros supuestos deberá considerarse a partir del momento en el que la autoridad ha tomado conocimiento, precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha brindado una primera aproximación al tema en el desarrollo de la sentencia Caso Tibi vs Ecuador de septiembre del 2004, en el que ha señalado lo siguiente:

> «168. (...) La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de aprehensión del individuo. Cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo deberá contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso»

Siguiendo dicha línea jurisprudencial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los casos Eckle contra Alemania de 1982 y López Sole y Martín de Vargas contra España del

2003, ha precisado que el plazo razonable del proceso penal empieza en el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación jurídica en razón a las medidas de coerción procesal adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir el delito.

Sin embargo, partiendo de la noción que el derecho no es una ciencia estática y que muy por el contrario es cambiante, los organismos internacionales han escatimado esfuerzos para determinar lo que hoy por hoy es objeto de estudio. Un segundo cuestionamiento ya no se da en torno a determinar que debe entenderse por el primer acto procesal con el cual se debe dar inicio al cómputo del plazo razonable, sino si este debe responder a un análisis global del proceso mismo, y por ende comprender dentro de estos extremos la totalidad del proceso hasta que se dicte sentencia definitiva.

Siendo ello así, se destaca que el cómputo del plazo razonable inicia con el primer acto procesal dirigido contra el investigado, representado este por la denominado detención preliminar judicial o en su defecto si no se hubiera efectuado tal acto procesal, cuando la autoridad jurisdiccional tome conocimiento del caso.

El cuestionamiento a tal postura radica en que el pronunciamiento de los organismos internacionales se han orientado a precisar que dicho cómputo del plazo razonable se dará cuando la causa llegue a conocimiento del órgano judicial. Al respecto corresponde añadir que una interpretación literal de dicha disposición el plazo razonable por ende no se computará mientras que la causa se encuentre en la etapa de investigación a nivel de Ministerio Público, tanto más si el propio Tribunal Constitucional en el fundamento 32° del **EXP. N° 0530-2009-PHC/TC-JULIO ROLANDO SALAZAR MONROE,** ha precisado lo siguiente:

> «32 (...) Con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene y mantiene la doctrina del no plazo, es decir que la razonabilidad del plazo no se mide en función de días, meses o años, establecidos en forma fija y abstracta sino caso por caso, en función del análisis global del proceso penal y de los tres o

cuatro elementos precisados por ella misma para evaluar la razonabilidad del plazo.

Como ya se ha expuesto, el lapso de tiempo que dure el desarrollo del proceso debe atender a las características propias del asunto que se pretende esclarecer, no encontrándose limitado dicho accionar por el factor tiempo. Aunado a ello es de verse que el Tribunal Constitucional ha precisado que son cuatro los criterios para determinar el plazo razonable, previamente ya se había estudiado tanto un criterio objetivo y subjetivo así como la naturaleza propia del hecho investigado. Adicional a ellos, también se ha considerado la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, criterio adoptado también por la CIDH en la sentencia del caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, en la cual se ha precisado lo siguiente:

> «155 (...) además, en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento, en la situación jurídica de la persona involucrada. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultara necesario que el procedimiento corra con más diligencias a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve»

Debe tenerse en cuenta que al referirse a la situación jurídica del procesado, se da en el contexto que el mismo se encuentra sometido a una medida ya sea de coerción real o personal, dado que debe entenderse que las mismas limitan en parte tanto sus derechos como deberes; sin embargo no solo se limitaran a aquellas personas sobre las que recaiga dichas medidas antes mencionadas. Adicionalmente debe comprenderse a aquellos individuos que están siendo investigados por un periodo excesivo que sobrepase el plazo legal, dado que ello les ocasionaría un estado de sospecha permanente lo cual viola el principio de presunción de inocencia, el mismo que debe ser entendido como una manifestación implícita del debido proceso.

Sin embargo, en el desarrollo de las audiencias previas al juzgamiento no solo se tiene la ya desarrollada audiencia de control de plazo, existen otras de distinta naturaleza, como, la audiencia de

tutela de derechos, inadmisión de diligencias sumariales y la audiencia de prisión preventiva.

AUDIENCIA DE TUTELA DE DERECHOS

La audiencia de tutela de derechos, normativamente se encuentra regulada en el artículo 71° del NCPP, el mismo que establece prerrogativas que asisten al imputado y que expresamente de conformidad con el inciso 1° del citado artículo consagran que el mismo pueda hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

Como es de verse el inciso 1° consagra una premisa de carácter general; sin embargo el inciso 2° del mencionado artículo hace referencia a los denominados derechos enunciativos, dentro de los cuales están contemplados los siguientes:

a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;

b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;

c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;

d Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;

e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley

f) Ser examinado por un medico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

El inciso 3° del artículo 71° por su parte hace referencia a la diligence debida con la que debe actuarse para el cumplimiento de los derechos mencionados líneas arriba, diligencia que no solo debe asumir los representantes de la Policía Nacional del Perú sino también el defensor de la legalidad, es decir, los representantes del Ministerio Público.

El cuestionamiento surge en torno a lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 71° del NCPP el cual dispone lo siguiente:

> «4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes»

De una lectura integral del citado inciso, es de verse que por medio de la tutela de derechos, el legislador no solo trata de tutelar aquellos derechos enunciativos a los que hace referencia en el inciso 2° del artículo 71° del NCPP, sino que debe entenderse como una disposición con números apertus, destinada a brindar tutela al imputado cuando se considere que se le ha vulnerado cualquier derecho consagrado en la Constitución Política del Perú, no necesariamente solo los contemplados en el inciso 2°del citado artículo.

En atención a ello, la Corte Suprema de la República, ha desarrollado jurisprudencialmente los pilares de esta institución procesal, y en ese sentido se han emitido diversos pronunciamientos casacionales que seran desarrollados a continuacion.

Casación N° 01-2011-PIURA

El contexto en el cual se desarrolla el citado recurso de casación se da en torno a cuestionar si por medio de la institución procesal de tutela de derechos es posible declarar la nulidad de la disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, es decir, si se puede efectuar un control judicial de la mencionada disposición.

Al respecto la Corte Suprema ha precisado lo siguiente «*la vía de tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere alguno de los derechos esenciales que se encuentren enumerados en el artículo setenta y uno del CPP*», adicionalmente a ello de forma expresa se ha precisado que esta vía de control judicial solo se encuentra habilitada durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

De lo antes expuesto, se debe tener presente que en base al artículo 122° del NCPP el Ministerio Público emite tres tipos de resoluciones, los cuales son «disposiciones, requerimientos y providencias», entendiendo que estas son actos unilaterales por parte del Ministerio Público, y no pueden ser dejadas sin efecto por parte del Juez de Investigación Preparatoria, tanto más si la aludida disposición no pone fin al proceso penal, muy por el contrario tiene una carácter garantista, dado que pone en conocimiento del investigado de forma clara, precisa y circunstanciada la atribución de los hechos materia de imputación, los mismos que al no configurar los presupuestos esenciales de toda imputación pueden ser cuestionados por otras vías, ya sea por una exepción de improcedencia de acción en la denominada etapa intermedia, criterio también asumido en el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-2016 emitido por las Salas Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de la República, es decir, no mientras que a los representantes del poder judicial se les exige actuar con imparcialidad ello no puede ser exigible a los representantes del Ministerio Público, a quienes se les requiere un actuar acorde al principio de objetividad, razón por la cual las premisas de las cuales parta para el análisis de los hechos se verá reflejada en el titulo objeto de imputación, es decir, la Disposición de Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, por lo que no podría efectuarse un control judicial de dicha disposición fiscal.

ACUERDO PLENARIO N° 02-2012/CJ-116

Por otro lado, el Acuerdo Plenario N° 02-2012/CJ-116, precisa criterios globales que conforman la esencia misma de la institución procesal de la tutela de derechos, sosteniendo que por medio de dicha institución se busca tutelar aquellos derechos comprendidos como fundamentales, entendiendo que aquellos que revisten el carácter de fundamental demandan un deber de cuidado por parte de la socie-

dad en su conjunto, entendiendo que estos se encuentran sujetos a determinados límites razonables y adicionalmente deberán ser justificados. Es importante destacar que los derechos fundamentales operan como un límite al poder y que, en consecuencia, solamente causas muy graves pueden permitir que una persona se vea limitada en su ejercicio o encuentre limitada la protección que éstos le confieren.

Del mismo modo al referirse el artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal, al supuesto que todo imputado tiene derecho a conocer los cargos formulados en su contra debe entenderse bajo este supuesto, el llamado filtro de imputación necesaria, la misma que involucra una imputación fáctica, jurídica y probatoria, que lleve a configurar un relato de hechos de relevancia penal que lleven a justificar la imputación formulada por el representante del Ministerio Público.

Debe entenderse que el filtro de imputación necesaria, o que el imputado conozca los cargos formulados en su contra, es una exigencia a la cual el Ministerio Público debe dar cumplimiento no solo en el estadio de la Investigación Preparatoria Formalizada, ello mediante la emisión del título objeto de imputación como lo es la Disposicion de Formalizacion y Continuacion de la Investigacion Preparatoria, sino que también debe cumplirse con tal exigencia al momento de efectuar el requerimiento acusatorio correspondiente, en ese orden de ideas el Tribunal Constitucional del Perú (TC) ha ido construyendo su jurisprudencia en torno del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, que se vio consolidada en la sentencia recaída en el Expediente N° 00156-2012-HC (Caso Tineo Rodríguez) y que ha sido recientemente ratificada en la sentencia recaída en el Expediente N° 03482-2013-AA (Caso Pinto Choque), señalando de tal forma lo siguiente:

> Al respecto, conviene precisar que, en la sentencia del Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, de fecha 17 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana ha precisado que el ejercicio de este derecho se satisface cuando:
>
> a. Se le informa al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razo-

nes que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos.

b. La información es expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir que el acusado ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. Esto quiere decir que la acusación no puede ser ambigua o genérica.

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, el Tribunal Europeo) en la sentencia del Caso Ayçoban y otros c. Turquía, de fecha 22 de diciembre de 2005, precisó que toda persona acusada tiene derecho a ser informada de los motivos de la acusación, entendiendo por ellos, tanto los actos en los cuales se sustenta, como su naturaleza, esto es, la calificación legal de tales actos. Además, la información sobre los motivos y la naturaleza de la acusación debe ser adecuada para permitirle al acusado preparar su defensa.

> 18. A decir de la Corte Interamericana, este derecho «rige incluso antes de que se formule una «acusación» en sentido estricto». Para que se satisfaga los fines que le son inherentes, es «necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública». Evidentemente, el «contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo (...) cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen».

En atención a ello, a nivel de legislación supranacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido su rol de participación y tratando de uniformizar conceptos jurisprudenciales ha señalado lo siguiente:

> «187.El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad,

en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa».[35]

Como lo señala la Corte IDH, su línea interpretativa se sustenta en la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Pellisier y Sassi c. Francia*:

«51. El Tribunal recuerda que las disposiciones del apartado 3 a) del artículo 6 muestran la necesidad de poner un cuidado extremo en notificar «la acusación» al interesado. El acta de acusación juega un papel determinante en las diligencias penales: a partir de su notificación, la persona encausada está oficialmente informada por escrito de la base jurídica y de hecho de las imputaciones que se formulan contra ella (Sentencia Kamasinski contra Austria de 19 diciembre 1989, serie A núm. 168, pgs. 36-37, ap. 79)- El artículo 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado no solo del motivo de la acusación, es decir, de los hechos materiales de los que se le acusa y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos y esto, como indica justamente la Comisión, de manera detallada».[36]

Posteriormente en el caso Acosta Calderón c. Ecuador, la Corte IDH ratificaría su posición:

«118. El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso79. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía,

---

[35] SCorteIDH, Caso Tibi c. Ecuador, FJ 187.

[36] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), Caso Pellisier y Sassi c. Francia, FJ 51.

se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa».[37]

La línea jurisprudencial del órgano de control de la CADH se acentuaría en el caso Palamara Iribarne c. Chile:

> «225. El artículo 8.2.b) de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Más aún, la Corte estima que se debe tomar en particular consideración la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen, como en este caso, el derecho a la libertad personal».[38]

La doctrina consolidada de la Corte IDH se vería ratificada en el caso López Álvarez c. Honduras:

> «149. El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le atribuye responsabilidad110. Para que este derecho satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración111. Esta garantía es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. Es preciso considerar particularmente la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen el derecho a la libertad personal, como en este caso».[39]

Pese a la claridad de la interpretación del órgano de control del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH) sobre el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada, el contenido protegido de dicho derecho vería

---

[37] SCorteIDH, Caso Acosta Calderón c. Ecuador, FJ 118.
[38] SCorteIDH, Caso Palamara Iribarne c. Chile, FJ 225.
[39] SCorteIDH, Caso López Álvarez c. Honduras, FJ 149.

definidos sus contornos con mayor precisión todavía en la sentencia del caso Barreto Leiva c. Venezuela:

> «45. Es admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia de la administración de justicia. Asiste al Estado la potestad de construir un expediente en búsqueda de la verdad de los hechos, adoptando las medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas. Sin embargo, esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, inter alia, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan.
>
> 46. La transición entre «investigado» y «acusado» -y en ocasiones incluso «condenado»- puede producirse de un momento a otro. No puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que –como en el presente caso- se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa.
>
> 47. El hecho de que el señor Barreto Leiva hubiese podido conocer por los medios de comunicación o por su declaración previa ante el Congreso (supra párr. 33) el tema de la investigación que se estaba realizando, no relevaba al Estado de cumplir con lo dispuesto en el artículo 8.2.b de la Convención. El investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no solo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan. De esta forma su respuesta podrá ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen; se garantizará el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia, y se asegura el derecho a la defensa».[40]

Como es de verse el supuesto de informar los cargos formulados al imputado, radica en la nocion de salvaguardar la garantía

[40] SCorteIDH, Caso Barreto Leiva c. Venezuela, Fundamentos Jurídicos (FFJJ) 45-47.

del derecho de defensa, en la medida que se busca evitar lesionar el principio acusatorio y el de igualdad de armas, los mismos que inspiran el nuevo sistema procesal penal en el que se inspira el NCPP de 2004, el mismo que busca evitar la arbitrariedad y entender el proceso penal como el medio para llegar a la verdad, con el debido respeto de las garantías procesales penales que ello implica.

En cuando al nivel de precisión requerido, y que es exigible al representante del Ministerio Público, al momento de sostener la imputación fáctica de los hechos denunciados, debe tenerse presente que ello se dara no en torno a la gravedad del ilícito denunciado, sino a la complejidad que demande el caso en concreto, dependiendo así no solo del numero de procesados o denunciantes, sino las diligencias a realizarse y que involucren el requerimiento de ciertas medidas limitativas de derecho o en su defecto medidas de coerción real o personal.

Del mismo modo el nivel de precisión de la narración sostenida por el representante del Ministerio Público debe darse en torno al momento procesal o de ejercicio de la acción penal, resaltando así dicho Acuerdo Plenario que el nivel de sospecha a tenerse en cuenta debe ser el de sospecha simple, la misma que es necesaria solo para disponer el inicio de las diligencias preliminares, tal supuesto debe estar alejado de meras presunciones y muy por el contrario debe encontrar su sustento en fundamentos objetivos que avalen tal imputación.

Debe entenderse que la Disposicion de Formalizacion de la Investigacion Preparatoria como tal es un instrumento único del Ministerio Público, mediante el cual define el objeto de imputación, razón por la cual constituye un acto procesal mas no jurisdiccional, y consiguientemente no podría ser sometida a un control judicial dado que el señorío de la etapa procesal de Investigación Preparatoria se encuentra bajo la dirección del Ministerio Público; sin embargo ante la concurrencia de determinados supuestos si es permisible la intervención del órgano jurisdiccional, ello a propósito de la expedición de la citada disposición, un ejemplo claro de ello tal y como lo ha sostenido el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, se da en los supuestos de la delictuosidad del hecho atribuido.

Como es de verse, no solo se busca tutelar los denominados derechos enunciativos, sino también aquellos derechos sustanciales, los que sirven como base del debido ejercicio del derecho de defensa, el mismo que requiere que los hechos objeto de investigación tengan un mínimo nivel de detalle que permitan al imputado conocer de forma clar, precisa y circunstanciada los hechos que se le atribuyen, siendo conocedor tanto de las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, las mismas que deberán ser detalladas en la Disposición Fiscal de Formalizacion de la Investigacion Preparatoria.

LIMITACIONES A LA TUTELA DE DERECHOS

Así mismo es de verse que, mediante el mecanismo procesal de tutela de derechos no es posible cuestionar el nivel de los elementos de convicción o la fuerza indiciaria de estos con la finalidad de obtener la nulidad de dicha disposición fiscal, dado que tal análisis debe efectuarse bajo la emisión del requerimiento que da por concluida la Investigacion Preparatoria y da por iniciada la Etapa Intermedia, entendiéndose como tal requerimiento a uno de carácter acusatorio, de sobreseimiento o en su defecto un requerimiento mixto,

REQUISITO DE ADMISIBILIDAD

Un requisito al cual se debe dar cumplimiento obligatorio para que la solicitud de tutela de derecho pueda proceder ante el órgano jurisdiccional es el de previamente a acudir a este, dirigir la solicitud al Ministerio Público solicitando las subsanaciones correspondientes, dicho derecho se encuentra consagrado en el inciso 1° del artículo 71° del NCPP, será recién a partir de la desestimación efectuada por el Fiscal o ante la negativa de responder que podrá acudirse al llamado Juez de Investigación Preparatoria o Juez de Garantías, quien, formalmente incursiona en el proceso penal recién a partir de la Investigación Preparatoria Formalizada.

Corresponde precisar que, la función del Juez de Investigacion Preparatoria ante el incumplimiento notorio del Fiscal de precisar los hechos que integran la imputación fiscal, será meramente de carácter correctora, disponiendo así la subsanación de la imputación

plasmada, pero de ningún modo la resolución judicial puede disponer la nulidad de dicha disposición fiscal de formalización, menos aun el archivo o sobreseimiento de la causa tramitada, dado que este accionar a nivel de la Investigación Preparatoria es de competencia del Ministerio Público.

CASACIÓN 136-2013-TACNA

El citado recurso de casación se da en el contexto de reconocer si mediante el mecanismo procesal de tutela de derechos puede buscar tutelarse alguno de los derechos no previstos en el artículo 71° del NCPP, al respecto la Corte Suprema en el segundo parrafó de su fundamento 3.4 ha señalado lo siguiente:

> «3.4 (...) Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios N° 04-2010-CJ-116 y N° 02-2012-CJ-116 de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71° del Código Procesal Penal del 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos».

Como es de verse de una lectura integral de lo dispuesto en dicho fundamento, se desprende que el objeto de tutela solo se encuentra orientado a aquellos derechos consagrados en el inciso 2° del artículo 71° del NCPP, los cuales se encuentran previsto de forma expresa; sin embargo tal premisa dispuesta en la citada casación reconoce que serán objeto de tutela aquellos derechos consagrados en el artículo 71°, en atención a ello es de precisarse que dicho artículo se encuentra estructurado por cuatro incisos, disponiendo el inciso 4° lo siguiente:

> «4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inme-

diatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes»

En ese orden de ideas, es de verse que del fundamento 3.6 de la casación objeto de análisis la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

3.6 (...) Discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegitimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de la Polícia Nacional del Perú como del Ministerio Público»

Como es de verse, si se pretende tutelar aquellos derechos consagrados en el artículo 71° debe involucrarse también a los derechos que deriven de la interpretación del inciso 4° del citado artículo, por ende se estima que la protección no es amplia, y no se encuentra dirigido a cualquier derecho previsto en la constitución, sino meramente a aqellos que ostenten en carácter de fundamental y tengan estrecha vinculación con el proceso penal.

Asimismo, el citado recurso de casación resalta la finalidad que debe perseguirse por medio de la tutela de derecho, entendida esta como un mecanismo procesal que busca proteger al imputado, quien en su calidad de parte acusada se ve sometido al aparato estatal, ello durante el desarrollo de la investigación del delito por medio del trabajo conjunto entre la Polícia Nacional y el Ministerio Público, quienes ante una vulneración de los derechos o garantias del procesado, se obtendrá por parte del Juez de Investigación Preparatoria un acto procesal dictando así una medida correctiva dirigida a poner fin al agravio o en otras circunstancias una medida reparadora orientada a subsanar una omisión que genere un estado de indefensión en el procesado.

CASACIÓN N°168-2016- HUANCAVELICA

El cuestionamiento central que desarrolla la presente casación es si cuando se trate de actos administrativos, estos pueden ser cuestionados por medio de una audiencia de tutela de derechos, en atención al inciso 4° del artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal.

El contexto en el que se desarrolla la presente causa se da en torno a un accidente de tránsito el cual ocasiono daños materiales. Producto de ello el conductor del vehículo fue dirigido a nosocomio más cercano para que pueda recibir atención temprana. Cuando personal policial, conjuntamente con la presente del representante del Ministerio Público, concurren ante el con la finalidad de realizar el examen de apreciación etílica, así como la extracción de sangre para realizar los exámenes respectivos. Ante ello el recurrente cuestiona que se le haya hecho tal requerimiento que bajo su noción resulta ilegal dado que el primer examen de apreciación etílica dio como resultado negativo. Ante ello es preciso resaltar que, en ningún momento se dispuso el inicio de un proceso penal ni mucho menos la realización de alguna diligencia preliminar, sosteniendo que la extracción de sangre se trataba de un acto que forma parte de un procedimiento administrativo al tratarse de un accidente de tránsito. Adicional a ello el recurrente ha planteado su recurso de casación bajo la noción si es para recurrir vía tutela de derechos se debe tener la condición de imputado y a partir de qué momento se tiene tal condición.

Al respecto, debe precisarse que la institución procesal de tutela de derecho, se encuentra destinada a la protección de los derechos del imputado durante el desarrollo de las sub etapas de diligencias preliminares e Investigación Preparatoria Formalizada, por lo cual, una persona inmersa en un proceso penal puede recurrir mediante este mecanismo cuando considere que se le ha afectado uno o varios de sus derechos consagrados en el artículo 71° del NCPP; sin embargo, para ello, resultará menester que el representante del Ministerio Público emita una disposición fiscal de inicio de diligencias preliminares, donde incluya a la persona como tal y es precisamente a partir de dicho momento que, el agente se encontrara debidamente legitimado para ejercer su derecho de planterar un tutela de derecho previo requerimiento dirigido al Fiscal para que cumpla con subsanar las deficiencias solicitadas.

ACUERDO PLENARIO N°4-2010/CJ-116

Una gran aproximación respecto a lo que debe entenderse sobre la tutela de derecho, son aquellos parámetros generales establecidos por el citado Acuerdo Plenario, como bien se ha venido soste-

niendo desde el inicio del presente capítulo, la institución de la tutela de derechos se encuentra dirigida a proteger aquellos derechos fundamentales del imputado, es decir, no cualquier lesión a algun derecho podrá ser recurrido mediante esta vía, sino exclusivamente los que demanden un deber especial de cuidado por parte del sujeto activo, y constituyan la esencia misma del sistema político, ello en relación a la parte dogmática de la Constitución Política del Perú, la misma que exige el respeto de la dignidad humana de toda persona.

En ese sentido, se hace referencia a aquellos derechos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico tengan el carácter de fundamental, siendo revestidos de una serie de garantías que eviten una posible afectación al núcleo esencial de este, teniendo dicho carácter, aquellos derechos que se encuentren íntimamente vinculados en el proceso penal, adicionalmente a que tengan relevancia constitucional.

Siendo ello así, las garantías que revisten el proceso penal suelen ser de carácter genérica, situación que ha sido reconocida por la Corte Suprema en el fundamento 8° del aludido Acuerdo Plenario, en el cual ha señalado lo siguiente:

> «8° Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se ampara en ellas, garantías concretas, que, por la circuntancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expresa en la Constitución, estas son: ***i)El debido proceso, ii) el derecho a la tutela jurisdiccional, iii) el derecho a la presunción de inocencia y iv) el derecho de defensa.***

En atención a ello, debe entenderse que las garantías que revisten el proceso penal son directrices imprescindibles para la realización de un proceso jurisdiccional, clasificándose así en garantías de carácter general como garantías especificas

GARANTIAS GENERALES

EL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es un derecho complejo o un haz de derechos, así lo ha entendido el supremo intérprete de la Constitución,

mediante la Sentencia recaída en el Expediente N°02525-2005-HC, al señalar lo siguiente:

> «4. Está consolidada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, en el sentido de sostener que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente funciones jurisdiccionales.

Hemos señalado, igualmente, que dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho, por así decirlo, «continente». En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en *conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos*».

Debe entender que el derecho al debido proceso involucra un respeto no solo por parte de las autoridades jurisdiccionales, integrantes del Poder Judicial, sino también aquellas garantías que han de ser respetadas por los representantes del Ministerio Público durante el devenir de la Investigación Preparatoria, siendo así el Tribunal Constitucional del Perú ha declarado, en repetida jurisprudencia, que el debido proceso opera como un límite al poder de investigación fiscal

> «[...]
>
> 5. En lo que respecta al derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, cabe señalar que dicho atributo fundamental forma parte del «modelo constitucional de proceso», cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judi-

cial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional».[41]

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se ve reflejada en aquella capacidad que tiene el titular de un derecho de acudir al órgano jurisdiccional a efectos de obtener, por parte de él un comportamiento acorde a lo estipulado en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y a la Normativa Nacional, a efectos que pueda dar respuesta a la solicitud requerida por el recurrente. Siendo ello así, el contenido constitucionalmente garantizado se este derecho involucra los siguientes aspectos:

- Derecho al proceso
- Derecho a la resolución fundada en derecho
- Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos
- Derecho a la firmeza, invariabilidad y a la cosa juzgada
- Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales

EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Entre los derechos que configuran el contenido constitucionalmente protegido del debido proceso se encuentran la presunción de inocencia. Reconocido por el artículo 2°, inciso 24, literal e, el derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad, situación que ha sido debidamente interpretada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N°6613-2006-HC, señalando lo siguiente:

«2. El artículo 2, inciso 24, de la Constitución establece que «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado

41

judicialmente su responsabilidad». Al respecto, este Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el expediente 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21 y 22, que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción iuris tantum, implica que «(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva». De igual forma, se dijo en la sentencia recaída en el expediente 2915-2004-PHC/TC, fundamento 12, que «la presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)».

Por tanto, el derecho fundamental a la presunción de inocencia incorpora una presunción iuris tantum y no una presunción absoluta, de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada, destruida mediante una mínima actividad probatoria; es por ello que en nuestro ordenamiento se admiten determinadas medidas cautelares personales -como la detención preventiva o la detención provisional-, sin que ello signifique su afectación, siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Teniendo en consideración la cuarta disposición final y transitoria de nuestra carta magna es de verse que, las disposiciones nacionales deben ser interpretadas en concordancia con lo dispuestos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, siento ello así es de verse que en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que «*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias*

para su defensa (...)». situación que ha sido reconocida en la Sentencia 01768-2009-PA/TC

Asimismo, el citado derecho se encuentra consagrado también en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última el Tribunal Constitucional en la Sentencia N°01768-2009-PA/TC ha afirmado lo siguiente:

> «*(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada*»

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Habiendo ya desarrollado lo dispuesto por los organismos internacionales de protección de derecho humanos, y atendiendo a que el artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, por lo que se desprende que el constituyente ha reconocido la *presunción de inocencia* como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana, derecho consagrado en el artículo 1 de la Constitución), como en el principio *pro hómine*.[42]

DOBLE CARÁCTER DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Como todo derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter. Esto es, que no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional, ello como elemento integrante de la estructura dogmática de un Estado de derecho, situación que ha sido reconocida en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01768-2009-PA/TC.

---

[42] Sentencia 01768-2009-PA/TC

Por tanto, el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales como la detención preventiva o detención provisional, sin que ello signifique su afectación, dado que dichas medidas forman parte del bagaje de medidas que puedan ser útiles -según el contexto- para esclarecer los hechos reprochados, teniendo en consideración, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tántum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.

Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución ha previsto en la Sentencia N° 319-2004-HC/TC los lineamientos respecto al derecho materia de análisis y la presunción en la que se orienta-iuris tantum- señalando lo siguiente:

> «Esta presunción, nacida del principio pro homine, demanda del juzgador la suficiente capacidad de equidad como para no asumir la responsabilidad de los acusados antes de que se realice la investigación o el procedimiento. De esta forma, la presunción de inocencia no requiere una causalidad entre un hecho y supuesto sancionable, sino un razonamiento jurídico a través del cual se determine una culpabilidad. Con la consecuente vinculación de los poderes públicos y su aplicación inmediata, este principio adopta un carácter de observancia obligatoria».

SENTIDO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho a la presunción de inocencia se vincula estrechamente con la actividad probatoria, entendiendo que sobre el órgano acusador recae la carga de la prueba, es decir, la presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusa-

do, situación que ha sido debidamente reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso J vs Perú, señalando lo siguiente:

> «Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa».

En atención a ello la presunción de inocencia como derecho fundamental de presunción iuris tantum implica lo siguiente:

> «(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva».[43]

De igual forma, el Tribunal Constitución en la sentencia STC 2915-2004-PHC/TC, ha afirmado lo siguiente:

> «la presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)

Tal como se ha señalado anteriormente, la carga de la prueba radica esencialmente en aquella institución que dirige el proceso investigatorio, es decir, recae el Ministerio Público con los elementos de cargos recabados es quien tiene el deber de probar los hechos imputados al proceso, no puede solicitarse que sea el procesado a quien se le imputa los hechos denunciados que alegue su inocencia, objetivamente puede coadyudar al proceso investigativo, aportando elementos de descargo; sin embargo no es una obligación por parte de este, situación que también ha sido reconocida en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2192-04- AA/TC, al señalar lo siguiente:

---

[43] STC 0618-2005-PHC/TC, fundamentos 21 y 22

«No puede trasladarse toda la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia. Por ello, al disponerse en este caso que sea el propio investigado administrativamente quien demuestre su inocencia, se ha quebrantado el principio constitucional de presunción de inocencia que también rige el procedimiento administrativo sancionador, sustituyéndolo por una regla de culpabilidad que resulta contraria a la Constitución».

LA JUSTIFICACIÓN EN LA VALORIZACIÓN DE LAS PRUEBAS Y SU RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. Situación que ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cantoral Benavides vs Perú, y debidamente consagrada en la sentencia del 18 de agosto de 2000.

Siendo así un supuesto en el cual se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia es cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. A modo de ejemplificar lo antes señalado, si se presenta el supuesto en el que dos personas visitan a un familiar suyo en su domicilio; sin embargo esta persona al notar su presencia abandona el inmueble y los hace esperar, circunstancia en que efectivos policiales irrumpen en el inmueble, detienen a las dos personas visitantes, realizan el registro del inmueble y encuentran un gran numero de ketes de clorhidrato de cocaína, en base a ello se detiene a las dos personas visitantes y consiguientemente se les imputa el delito de Microcomercialización de droga, en base al numero de ketes encontrados, posteriormente en el devenir del proceso se les impone la medida de coerción personal referida a la Prisión Preventiva, para

que al término de esta, emitir el requerimiento acusatorio, sin tener ningún otro elemento incriminatorio más que el acta de hallazgo de dichas sustancias.

Como es de verse, no se ha llegado a acreditar fehacientemente que las procesadas serían las que ejercerían posesión sobre las sustancias encontradas en el inmueble que, dicho sea de paso, no habitan; sino al cual solo fueron de visita. La imputación solo se basa en prueba indiciaria como es de verse, bajo este supuesto podría sostenerse que se está quebrantando el derecho a la presunción de inocencia dado que no hay ningún elemento objetivo que acredite dicha posesión, en atención a ello debe tenerse presente lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia N°02629-2003-HC, en el cual se ha señalado lo siguiente:

> «(...) si bien la presunción de inocencia protege al procesado hasta la expedición de la sentencia final, una vez expedida la sentencia condenatoria, a fin de determinar si ella es, o no, lesiva a tal principio, es preciso que la condena impuesta no se sustente en medios de prueba que acrediten fehacientemente la responsabilidad de los sentenciados, y que su imposición se sustente, por el contrario, en una duda razonable sobre dicha responsabilidad»

Con todas estas precisiones, tanto normativas como jurisprudenciales, queda claro que el inicio de toda investigación, sea cual fuere su carácter, ha de tener como presupuesto la existencia de un suceso material verificable en el tiempo y en el espacio; es decir, el inicio de una investigación contra una persona tendrá validez constitucional únicamente si es posible individualizar su conducta y verificar que la misma tenga contenido penalmente relevante; lo contrario sería aceptar la preponderancia de la presunción de culpabilidad sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, criterio que ha sido adoptado en la sentencia del Tribunal Constitucional N°03987-2010-PHC/TC.

En cuanto al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional en la STC 0618-2005-PHC7TC, ha sostenido lo siguiente: '(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que correspon-

de actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción.

ÚNICAMENTE SE ATRIBUYE RESPONSABILIDAD PENAL MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL

A efectos de poder considerar que el procesado es responsable penalmente de los hechos imputados, debe efectuarse mediante una resolución judicial debidamente motivada, excluyendo así pronunciamientos basados en meras especulaciones o juicios populistas. Tal como ha sido considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Lori Berenson vs Perú en el párrafo 160, al sostener lo siguiente:

> «El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella».

Asimismo, la norma constitucionalmente estatuida reconoce expresamente la presunción de inocencia como derecho fundamental, contemplándolo así en el artículo 2°, inciso 24° literal e de la norma constitucional, al respecto el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, señalando en la SET N°05228-2006-HC lo siguiente:

> «Cuando existe el procesamiento y mucho antes, es decir, con la sola imputación por parte de cualquier otro miembro de la sociedad (el fiscal, la policía, el vecino, la prensa) el principio que rige es que la persona no sea señalada como culpable hasta que una sentencia no lo declare como tal»

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos ha considerado pertinente referirse a la presunción de inocencia como aquella garantía intrínseca del proceso penal, la cual perdura en el desarrollo de todas sus etapas, hasta el momento de la

expedición de la sentencia correspondiente que tenga el carácter de cosa juzgada, y en la cual se reconozca la culpabilidad del hasta entonces procesado siendo ello así se considera al presupuesto de presunción de inocencia como una norma de carácter penal y de desarrollo constitucional, en la medida que implica el respeto de otras tantas garantías como la dignidad humana, en atención a ello el Tribunal Constitucional en la Sentencia 4124-2004-HC/TC, fundamento 20, ha señalado lo siguiente:

> «(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se le pruebe su culpabilidad, vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario; y rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en estado de sospecha durante toda la tramitación del proceso, el cual solo tendrá fin cuando se expida la sentencia que resuelva definitivamente el caso».

Del mismo modo a nivel supranacional, dicha garantía también ha sido objeto de reconocimiento y tutela por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entendiendo que como derecho constitucional que reviste a todo estado de derecho, este implica a su vez un deber de cuidado expreso por parte del sujeto pasivo, es decir del Estado, de tal forma que no conlleve a una afectación al núcleo esencial de dicho derecho, postura reconocida en la sentencia del caso Lori Berenson vs Perú, párrafo 160, en el cual se señala lo siguiente:

> «Esta Corte ha señalado que el derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al encontrar que las declaraciones de agentes del Estado en la prensa sobre la culpabilidad o responsabilidad penal de una persona que aún no ha sido condenada constituyen una violación a la presunción de inocencia de dicha persona. En sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, al considerar que «Todas las autoridades públicas tienen el deber de

> abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado»

Siendo ello así, la presunción de inocencia debe ser entendida como aquella garantía que tiene como finalidad el evitar que una persona sea sentenciada si no se llega a demostrar su culpabilidad o en su defecto si no se cuenta con medios de prueba idóneos que generen convicción en el juzgador, entendiendo ello así que no bastará que los hechos suelan basarse en prueba indiciaria, sino que adicionalmente, estos deberán estar corroborados de otros elementos periféricos que conlleven a determinar la responsabilidad penal del agente, criterio que también ha asumido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ullosa vs. Costa Rica, párrafo 153, al señalar lo siguiente:

> «La Corte Interamericana, de acuerdo con el artículo 8.2 de la Convención, ha determinado la exigibilidad de que «una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla»

Como es de verse, esta manifestación del derecho a la presunción de inocencia, implica una estrecha vinculación con el principio general del derecho, indubio pro reo, criterio que en esencia debería ser adoptado por aquellos titulares del órgano jurisdiccional, dado que en determinadas oportunidades el grado de sospecha que porporciona un medio de prueba, no siempre llega a generar convicción en el juzgador, por tanto, un elemento de convicción que se presenta en la investigación preparatoria podrá ser útil para iniciar o ampliar una investigación en sede fiscal; sin embargo este solo elemento de convicción por si solo, entendido ya en el desarrollo de Juicio Oral como medio no prueba no será suficiente para emitir una sentencia condenatoria, dado que se requiere su corroboración previa con otros elementos objetivos.

LA NATURALEZA EXCEPCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES RESTRICTIVAS A LA LIBERTAD PERSONAL

Cabe precisar que, el proceso penal, si bien se encuentra dotado de garantías judiciales que permitan el normal desarrollo de la in-

vestigación a efectos de llegar a la verdad de los hechos, también cuenta con medidas de coerción personal, las cuales buscan asegurar la permanencia del investigación en el devenir del proceso; sin embargo tales medidas como en un primer momento la detención preliminar judicial o en casos exepcionales la prisión preventiva, se encuentran sujetas a limitaciones, las cuales precisamente invocan la concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 2687° del Nuevo Código Procesal Penal.

Siendo ello así, de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, situación prevista en el artículo 9.3 de dicho cuerpo normativo, el cual dispone lo siguiente:

> «Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez penal u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo»

En razón de ello resulta fundamental establecer como presupuesto de dicha garantía constitucional que si excepcionalmente se llega a disponer la prisión preventiva de una persona , esta debe cumplir con los ´presupuestos del juicio de proporcionalidad, los cuales implican juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, si no se diera cumplimiento a dicho mandato se estaría incurriendo en un deber de protección

por parte del Estado parte de dicha convención, así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derecho Humanos en la sentencia del caso Suarez Roseros vs Ecuador, párrafo 70, en el cual se ha señalado lo siguiente:

> «En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos»

Debe tenerse presente que la presunción de inocencia, como garantía, se presenta en las diversas etapas del proceso, no solo en el desenvolvimiento del estadio procesal de Juicio Oral, sino que también abarca las llamadas diligencias preliminares, así como la investigación preparatoria formalizada y la etapa intermedia, entendiendo como tal, que durante el devenir de dichas etapas no puede asumirse criterios condenatorios, sobre un agente que en esencia sigue teniendo la calidad de investigado, ello debe entenderse como caracteres propios de un sistema procesal penal de corte acusatorio, es en ese sentido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Instituto de Reducción Menor vs Paraguay en el párrafo 228, ha señalado lo siguiente:

> «La prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática»

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATAMIENTO AL IMPUTADO

Dicha garantía judicial implica a su vez no solo un deber de tutela por parte del Estado, sino también de los integrantes de la sociedad en su conjunto, en reiteras oportunidades se ha visto que el llamado «populismo punitivo» ha intervenido de forma significativa en el marco de un proceso penal, ya sea por la presión mediática ocasionada, en la cual el juzgador sin tener conocimien-

to certero de la causa tramitada ante su despacho a tenido que emitir una resolución en concordancia con los intereses de la denominada «justicia populista» conllevando así una ruptura entre clausulas normativas vs garantías constitucionales, postura que no debe ser avalada por un estado respetuoso de las garantías constitucionales y que a nivel supranacional también ha sido desterrada, tal como lo ha venido sosteniendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lori Berenson vs Perú en el párrafo 160, al sostener lo siguiente:

> «Esta Corte ha señalado que el derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al encontrar que las declaraciones de agentes del Estado en la prensa sobre la culpabilidad o responsabilidad penal de una persona que aún no ha sido condenada constituyen una violación a la presunción de inocencia de dicha persona. En sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, al considerar que «Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado»

En atención a lo expuesto, debe entenderse que la presunción de inocencia a la par de ser una garantía judicial se configura también como una regla de tratamiento al imputado que debe ser respetada en todas las etapas del proceso, entendiendo así no solo una interpretación limitada de dicho principio, sino que abarque otros tantos comportamiento adoptados por autoridades públicas, postura adoptada no solo a nivel de legislación interna, sino por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el cual ha precisado en el caso Lizaso Azconobietac vs España que la presunción de inocencia no solo puede ser violada por un juez, sino por cualquier otra autoridad que ejerce un cargo público.

Si bien en el marco del proceso penal exige que el representante del Ministerio Público a diferencia de los representantes del órgano jurisdiccional, adecúen su comportamiento a criterios de objetividad más no imparcialidad, ello no significa que los señalamientos de culpabilidad por parte de funcionarios tales como fiscales y procuradores no constituyen una violación a la presunción de inocencia, las declaraciones de estos funcionarios a la prensa, sin calificaciones o reservas, infringen la presunción de inocencia en la medida en que fomenta que el público crea en la culpabilidad de la persona y prejuzga la evaluación de los hechos por una autoridad judicial competente, posición que es puesta de manifiesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso J vs Perú cuya sentencia fuera emitida el 27 de noviembre del 2013, como es de verse tales funcionarios deberán cumplir un deber especial de protección de dicho derecho constitucional, el cual advierte que la presunción de inocencia exige que las autoridades estatales sean discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, razón por la cual dicha corte en la sentencia antes citada ha expresado lo siguiente:

> (...) Las declaraciones públicas emitidas por funcionarios públicos deben guardar una especial cautela, a efectos de no infringir los derechos de las personas, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden llegar a tener en determinados sectores de la población, así como para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos. La Corte hace notar que existe una clara diferencia entre las declaraciones donde se manifiesta una sospecha de que alguien es responsable de un determinado delito, y aquellas donde claramente se establece, en ausencia de una condena definitiva, que alguien es responsable del delito en cuestión.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU RELACIÓN CON LA INTERDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SOSPECHA PERMANENTE.

El derecho a la presunción de inocencia visto y desarrollado ya como una garantía judicial de desarrollo constitucional, situa su intervención en diversos aspectos de la investigación ya sea en una

audiencia de tutela de derechos, así como en una de control de plazo, dado que se encuentra proscrita la noción de que una persona se encuentre investigada por un plazo excesivo, tal como ha señalado este Tribunal Constitucional en la STC N.° 5228-2006-PHC/TC:

> «[...] el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Ello es así en la medida que, si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) que exista una causa probable y 2) una búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal»

EL DERECHO DE DEFENSA

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho al debido proceso o derecho de defensa procesal en su artículo 8, cuyo enunciado normativo es el siguiente:

> Artículo 8. Garantías Judiciales
>
> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
>
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
>
> b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (énfasis agregado);

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

LA NORMA CONVENCIONAL QUE RECONOCE EL DERECHO DE DEFENSA

La doctrina de la Corte IDH acerca del derecho de defensa parte de la doble dimensión de los derechos fundamentales, según la cual, no valen solo como derechos subjetivos, sino que también poseen una dimensión objetiva, puesto que los derechos fundamentales constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional. Así, los derechos fundamentales son garantías que concretan el deber estatal de especial protección:

Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes

tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia, siendo ello así, el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.[44]

Dichas garantías, en opinión de la Corte IDH, no pueden ser objeto de suspensión ni siquiera en situación de emergencia como el que se viene atravesando a raíz de la pandemia mundial COVID-2019, reconociendo así que el denominado «debido proceso legal», abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial, razón por la cual el concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma.[45]

Ahora bien, conforme a la doctrina consolidada del órgano de control de la CADH, el contenido del artículo 8 CADH configura el «debido proceso legal» o el «derecho de defensa procesal», es precisamente en atención a ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Genia Lacayo vs Nicaragua, en la sentencia emitida el 29 de enero de 1997 ha señalado lo siguiente:

> El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado «debido proce-

---

[44] Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: «El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 convención americana sobre derechos humanos)», pp. 25-26.

[45] Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay: «Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 Y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), pp. 28-29.

so legal» o «derecho de defensa procesal», que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.

En razón de lo señalado previamente se desprende que las obligaciones contenidas en el artículo 8 CADH, hacen ver que la Corte IDH insiste, en que se tratan de garantías judiciales que protegen, aseguran o hacen valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, convirtiéndose en condiciones *sine qua non* de la adecuada defensa de los derechos u obligaciones a ser dirimidos en sede jurisdiccional, razón por la cual dicho órgano supranacional ha considerado conveniente resaltar lo siguiente:

> «En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, «sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho» y son «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial».[46]

La Corte IDH ha sido insistente en señalar que la regularidad del proceso dependerá de la observancia por parte del Estado del elenco de garantías contenido en el artículo 8 CADH, razón por la cual en la sentencia del Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago ha sostenido lo siguiente:

> 147. En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que «sirvirán para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho», es decir, las «condiciones que deben cumplirse

[46] Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal», p. 118.

para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial»[47].

LA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

De conformidad con la Constitución Política del Perú, la cual establece en la cuarta disposición final y transitoria que la normatividad vinculada de forma estricta a los derechos fundamentales debe ser interpretada de conformidad con los instrumentos internacionales de la materia que versen sobre Derechos Humanos, es de verse que otro elemento esencial dentro de la teoría de los derechos fundamentales desde la Constitución Política del Perú es la cláusula constitucional de interpretación conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, como lo establece la citada disposición de la ley fundamental peruana.

La cláusula de interpretación conforme posee dos efectos claramente visibles. En primer lugar, otorga sinonimia a las expresiones *derechos humanos*, *derechos fundamentales* y *derechos constitucionales*, de tal suerte que todas ellas definen un mismo concepto y pueden, por lo tanto, ser empleadas indistintamente sin incurrir en error. En segundo lugar, para hacer efectiva la unidad conceptual anotada, ordena interpretar los derechos constitucionales a la luz de la DUDH y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Este último extremo ve desdoblada su eficacia en dos sentidos. Uno que concede a las personas, en todo tiempo, la protección más amplia, es decir, brinda una interpretación conforme en sentido amplio; y, frente a la concurrencia de más de una variable interpretativa, a preferir aquella que sea acorde con las disposiciones de los instrumentos internacionales y las normas que hayan sido reconstruidas a partir de aquéllas en los pronunciamientos de sus órganos de control.

---

[47] Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), p. 147.

LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL DIRECTAMENTE ESTATUIDA QUE RECONOCE EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa halla reconocimiento constitucional en el artículo 139°.14 de la Ley Fundamental, bajo la siguiente disposición:

> Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
>
> (...)
>
> 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Teniendo como punto de partida la disposición constitucional citada líneas arriba, el Tribunal Constitucional en la STC 5871-2005-PA/TC ha reconstruido la siguiente norma de derecho fundamental que delimita el derecho de defensa, de esta forma ha señalado lo siguiente:

> «El derecho de defensa (...) se proyecta (...) como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...). La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia».

El ejercicio de dicha garantía presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan.

LA PRISIÓN PREVENTIVA

Una institución que actualmente genera el debate académico es precisamente la institución procesal de prisión preventiva, dado que por la envergadura de la misma demanda no solo la concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 268° del Código adjetivo- el cual se refiere a la concurrencia de graves y fundados elementos de convicción, que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad y que el imputado pretenda eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la justicia (peligro de obstrucción- sino también involucra la permanencia de los presupuestos detallados en la Casación N° 626-2013 Moquegua, la cual precisa que necesariamente debera ser objeto del debate en la audiencia de prisión preventiva tanto la proporcionalidad de la medida a imponer así como la duración de la misma.

En esa línea de ideas se ha desarrollado a nivel de doctrina jurisprudencial diversos criterios adoptados por la Corte Suprema de la República así como por organismos internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunales Europeros de Derechos Humanos, quienes han concordado en que dicha medida de coerción personal tiene un carácter excepcional, es decir debe priorizarse en cualquier sistema procesal penal que el investigado siga el devenir del proceso gozando de uno de sus derechos fundamentales que si bien es sujeta de limitaciones es prioritario en comparación al objeto del proceso, siempre y cuando no concurren las causales establecidos por el legislador en el código procesal penal, tal derecho fundamental al que se hace referencia es la libertad entendida en especialmente en una de sus manifestaciones como lo es la libertad locomotora.

Siendo ello así, un cuestionamiento que ha surgido desde ya hace unos años es comprender a que elementos se debe hacer referencia cuando la legislación nacional los cataloga como graves y fundados elementos de convicción, entendidos estos como el primer presupuesto que debe comparecer para que la medida de prisión preventiva sea acogida por el Jue de Investigación preparatoria, en ese orden de ideas la Corte Suprema de la República en la Casación N°626-2013 Moquegua ha fijado como doctrina jurisprudencial que para adoptar una medida que suponga una afecta o limitación a la

esfera de la libertad personal de todo individuo no es necesaria la concurrencia de certeza sobre la imputación formulada por el representante del Ministerio Público, siendo suficiente la obtención de un alto grado de probabilidad de la comisión de los hechos denunciados, probabilidad que debe ser mayor a la que se obtendría al momento de formalizar la investigación preparatoria, ello es concordante con el fundamento vígesimo octavo del citado recurso de casación, el cual a la letra señala lo siguiente:

> «Vigésimo Octavo.- Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto extrayendo su fiabilidad y aporte a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva...»

En relación a lo antes acotado por la Corte Suprema, tenemos que a nivel de doctrina jurisprudencial una primera idea de lo que debe entenderse por graves y fundamentos elementos de convicción es presentada por la Casacion 626-2013-Moquegua; sin embargo a consideración personal estimo conveniente señalar que el estándar planteado por la Corte Suprema no se ajusta a la realidad peruana, y es que si bien la Corte Suprema considera conveniente señalar que el análisis de suficiencia de los graves y fundados elementos de convicción debe ser similar al de la etapa intermedia, ha omitido considerar que la finalidad de dicha medida de coerción personal, es asegurar la presencia del imputado durante la investigación, ello a efectos de que no perturbe la actividad probatoria y mucha menos eluda la acción de la justicia.7

Es en razón de ello y partiendo que la imposición de la prisión preventiva es de carácter excepcional, considero pertinente señalar que el estándar requerido para considerar al resultado de un acto de investigación como grave y fundado elemento de convicción debe ser similar al que el representante del Ministerio Público emplea al momento de formalizar la investigación preparatoria, es decir al de una sospecha reveladora, ello en concordancia con la sentencia plenaria casatoria N°1-2017-CIJ/433, siendo este proceso lógico objetivo, resultado del análisis de la finalidad de la prisión preventiva como medida de coerción personal dentro del proceso y partiendo

de la excepcionalidad de la medida de prisión preventiva como tal; sin embargo dicha incógnita no ha sido dilucidada del todo por la Corte Suprema, que pese a ello ha emitido diversas casaciones en las cuales se desarrollan planteamientos críticos sobre la prisión preventiva y cuáles serán desarrollados en el planteamiento del presente capitulo.

Casación N° 626-2013- Moquegua

En atención a lo ya expuesto líneas anteriores es que en el presente capítulo se abordara de forma cronológica el desarrollo jurisprudencial adoptado por la Corte Suprema respecto a la institución procesal de Prisión Preventiva, siendo ello así se tiene que el 30 de junio del 2015 se emitio la Casación antes citada, en la cual se fijó como doctrina jurisprudencial diversos aspectos, siendo uno de ellos el orden a seguir en una audiencia de tal naturaleza, siendo que la Corte Suprema en su fundamento vígesimo cuarto ha precisado que el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, conformando tal división de la siguiente manera: i) De los fundados y graves elementos de convicción, ii) De una prognosis de pena mayor a 4 años, iii) Peligro Procesal, iv) La proporcionalidad de la medida y v) la duración de la medida

Sin embargo dichos criterios no solo deberán ser abordados en la audiencia de requerimiento de prisión preventiva, adicional a ello y como consecuencia del respeto al debido proceso los mismos criterios deberán ser comprendidos por escrito en el requerimiento formulado por el representante del Ministerio Público, a efectos de que la defensa tenga conocimiento de lo que se le es imputable, siendo ello así es de verse que la Corte Suprema ha añadido dos argumentos a los ya contemplados en el Nuevo Código Procesal Penal del , siendo la proporcionalidad y la duración de la medida los «nuevos» paradigmas de este debate académico, cabe resaltar que ambos criterios hacen referencia al test de proporcionalidad constitucional, que involucra a su vez 3 nociones que conformar el pilar de dicho base constitucionalidad, siendo ellos, la idoneidad de la medida, necesidad de la misma y la proporcionalidad en sentido estricto.

Es precisamente por ello que se sostiene que el Derecho Procesal Penal es una rama de desarrollo constitucional, dado que

involucra un análisis jurídico de la medida coercitiva de prisión preventiva partiendo de la noción del respeto de los derechos fundamentales, los mismos que inspiran el debido proceso, aunado a ello el citado recurso de casación ha precisado en su fundamento trigésimo octavo que para la imposición de una medida tal como la prisión preventiva, que dicho sea de paso involucra una restricción que en esencia debe ser razonable de un derecho fundamental como la libertad personal, debe de analizarse todos los requisitos en su conjunto y no partiendo de un análisis individual de cada uno, puesto que en el caso del arraigo, cualquier de los tipos de arraigo a los que se haga alusión en el devenir del proceso no significa que el procesado vaya eludir la acción de la justicia, siguiendo la línea de ideas del recurso casacional la presencia de cualquier tipo de arraigo significa consecuentemente la disminución del peligro de fuga; sin embargo ello no bastara para imponer una medida de prisión preventiva, dado que en análisis exige que así como los graves y fundados elementos de convicción deben ser analizados a la par del peligro procesal en su manifestación de peligro de obstrucción a la justicia, la ausencia de cualquier tipo de arraigo debe ser analizada conjuntamente con el criterio de prognosis de la pena, situación similar ha sido expuesta por la Corte Suprema en el fundamento cuadragésimo de la Casación N°626-2013-Moquegua en la cual señala lo siguiente:

> «***Cuadragésimo.*** *Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva er extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga*».

Siendo ello así, corresponde precisar que la Corte Suprema en el fundamento Trígesimo Noveno ha sostenido lo siguiente:

> *«(...) entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva»*

Como vi lo ha expresado la Corte Suprema, si bien la medida coercitiva de prisión preventiva es de carácter exepcional, ello no

impide que bajo los cacnones de razonabilidad sea impuesta siempre y cuando concurran circunstancias que ameriten su instauración, para tal efecto debemos partir de la noción que el proceso penal sirve como instrumento para allar la verdad de los hechos imputados; sin embargo no aquella verdad absoluta obtenida por medio de las tecnicas de un antiguo sistema inquisitivo, sino muy por el contrario aquella verdad procesal que derive del análisis de los elementos de convicción recabados en la investigación preparatoria y posterior estudio de los medios de prueba en etapa de juzgamiento, para tal efecto debe tenerse presente que para llegar a dichos estadios procesales en algunos supuestos resultara necesario el asegurar la presencia del imputado en el proceso y es precisamente en aquellos supuestos que debe de limitarse uno de los derechos fundamentales que inspiran un estado constitucional, como lo es precisamente la libertad personal, criterio que también ha sido adoptado por la Corte Suprema en el fundamento antes citado, en la cual ha tratado de sostener que pese a que nos encontremos en un estado donde prima un sistema acusatorio respetuoso de las garantias constitucionales, la imposición de la prisión preventiva no resulta ajena a los fines del proceso penal, siempre y cuando ella resulte razonable.

Debe tenerse presente que al momento de desarrollar en audiencia los criterios de proporcionalidad de la medida, ellos deberan guardar relación con lo expuesto por el representante del Ministerio Público en su requerimiento escrito, razón por la cual a pesar que nos encontremos en un sistema procesal penal de corte acusatorio donde prime la oralidad, debe desarrollarse de forma escrita el test de proporcionalidad aplicado al caso en concreto, ello a efectos de que en respeto de la garantia constitucional al debido proceso, así como al principio de contradicción, la defensa tenga conocimiento oportuno de lo que se le es atribuible a efectos de que puede argumentar una defensa eficaz en base a los argumentos planteados por el representante del Ministerio Público.

Sin embargo al tratarse de un tema academico que hasta la fecha resulta ser cuestionable la Corte Suprema ha seguido profundizando por medio de diversos recursos casacionales en los presupuestos solicitados para la imposición de tal medida de coerción personal, es en ese sentido que se tiene el recurso de Casación N°

631-2015- Arequipa, recursos en el cual se fijan las dimensiones del arraigo y la importancia que tiene en el análisis conjunto de los fundamentos de la prisión preventiva.

Casación N°631-2015-Arequipa

Por otro lado, el recurso casacional objeto de estudio desarrolla de forma específica uno de los requisitos para la imposición de la prisión preventiva, tal como lo es el peligro procesal en su manifestación de peligro de fuga. Es por ello que corresponde hacer referencia a los diversos tipos de arraigo que nuestra legislación a la fecha viene contemplando como parte del debate jurídico.

A partir de ello, debe entenderse por peligro de fuga aquella posibilidad que se tiene a raíz de que el procesado encontrándose en libertad pueda sustraerse de la acción de la justicia, evitando así ser juzgado oportunamente y consecuenmente cumplir la pena que le podría ser impuesta, para determinar ello será necesario efectuar un análisis de los diversos elementos aportados por el procesado a efectos de determinar si el arraigo que posee es de calidad, no bastará con el solo hecho de sostener que el procesado tiene padres de edad avanzada por los cuales velar, sino que deberá acreditarse que se ha hecho responsable de ellos previamente a efectuarse el requerimiento fiscal de prisión preventiva, dado que si fuera el supuesto en el cual la defensa argumenta un arraigo familiar dado que el procesado tiene padres que son de tercera edad de los cuales debe hacerse responsable; sin embargo se ha desentendido para con ello desde hace mucho tiempo, ello evidenciaría que, por una cuestión familiar, pretendería que se le favorezca pese a que él ha desconocido tal situación de forma intencional desde ya hace mucho tiempo, por ende dicho arraigo no sería de calidad y por tanto no debería ser acogido como argumento por parte del órgano jurisdiccional para desestimar por si un requerimiento de prisión preventiva.

En específico, la Corte Suprema ha fijado como doctrina jurisprudencial en el citado recurso casacional que debe entenderse por arraigo aquella vinculación del procesado con algo o alguien, a efectos de salvaguardar su presencia en el proceso. Dicho de otro modo, el arraigo se encuentra manifestado en tres dimensiones, las cuales son: a)la posesión, b) el arraigo laboral y c) el arraigo fami-

liar, a la par de ello ha desarrolado otros temas que involucran tanto la magnitud del daño causado así como el comportamiento procesal del investigado en el devenir del proceso penal

Asimismo, el criterio más importante dentro del debate de los presupuestos de la prisión preventiva se da en torno al peligro procesal, entendiendo este como el elemento que aborda tanto al peligro de fuga como al peligro de obstrucción a la justicia. En el primer de los supuestos, la Corte Superma ha considerado pertinente señalar que los elementos vinculados al peligro de fuga se dan en torno al aspécto familiar, personal y económico del imputado, anteriormente ya se ha desarrollado qué debe entenderse por arraigo de calidad, puesto que no cualquier tipo de arraigo será empleado como elemento para excluir la imposición de una medida de coerción personal, sino solo aquel que cumpla los parámetros de razonabilidad, bajo esta línea de ideas inclusive las deudas que mantiene el procesado podrían ser entendidas como un tipo de arraigo que evitaría cualquier accionar para eludir la acción de la justicia.

Siendo ello así, las circunstancias que deberán concurrir para entender que una deuda pueda entenderse como arraigo, es que el procesado se encuentra cumpliendo activamente con las cuotas a pagar y la naturaleza de la deuda en sentido estricto. Por ejemplo un cantidad de dinero que mensualmente deberá ser abonada por concepto de una hipoteca, ello hace que el procesado mantenga de por sí un vínculo con un bien inmueble estando de por medio un criterio económico como lo es el cumpliento mensual de las cuotas pactadas. Ello efectivamente hace parte del concepto de arraigo de calidad, por lo que en el caso en concreto una persona que mantenga deudas pero que se desentiende de las mismas no podría argumentar el arraigo por deudas dado que su condición de deudor no constituiría un elemento periférico de corroboración.

Tal como se ha sostenido previamente, el arraigo por si solo no puede sostener la imposición de una medida de coerción como la prisión preventiva, el mismo debe interpretarse de conformidad con los otros presupuestos tales como la prognosis de la pena. Tal es así que en el caso en concreto el recurso casacional se ha establecido que, el solo hecho que el procesado viaje al exterior del país de su residencia, no implica que ello debe ser entendido como un alto gra-

do de probabilidad de fuga, puesto que se desprende del análisis del caso que, de su registro migratorio, obra que las veces que el procesado viajó por motivos laborales fuera del país de residencia, en todas ellas regreso al pais que habitaba, por lo que como ya se ha sostenido previamente ello por si solo tampoco ameritaría que se denegara el requerimiento de prisión preventiva formulado por el representante del Ministerio Público, sino que conllevaría una disminución gradual del peligro de fuga, al mismo tiempo se desprende del contexto de dicho recurso de casación, que el procesado era ciudadano español, con residencia en Perú, siendo que, su familia nuclear (esposa e hijos) se encontraban habitando en territorio peruano; sin embargo el argumentar que por razón de su nacionalidad el procesado podría rehusar la acción de la justicia, significaría un acción de discriminación por causal de nacionalidad, situación proscrita en un Estado de Derecho actual.

Originalmente el criterio abordado por la ley N° 30066, en cuanto se refiere al inciso 3 del artículo 269° del Código Procesal Penal, era la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Aspecto que ante las críticas fue reformulado, valorando ahora la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño ocasionado. El contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva, lo que es inaceptable en una medida cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que, a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo.

Comportamiento procesal: Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están

ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida)

No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido. Así, el hecho de no confesar el delito atribuido, no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

Pertenencia a una organización criminal: Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

SENTENCIA 01091-2002-HC

El artículo 268 del Código Procesal Penal señala como requisitos concurrentes para disponer la prisión preventiva: a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del or-

denamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

La validez de tales límites y, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual señala lo siguiente en el Caso Gangaram Panday:

> *«nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad»*

En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que, si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última *ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse **solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general**. Ese es, pues, el propósito del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual «la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general», y también la interpretación que de ella ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos

PELIGRO PROCESAL (Peligro de fuga y peligro de obstaculización)

01555-2012-HC

El peligro procesal está representado por el *peligro de fuga y el peligro de obstaculización del proceso* por parte del procesado. El primer supuesto del peligro procesal (el de fuga) se determina a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso penal y que se encuentran relacionadas, entre otros, con el arraigo domiciliario, familiar y la-

boral del actor en la localidad del órgano judicial que lo procesa, aspectos que crean juicio de convicción al juzgador en cuanto a la sujeción del actor al proceso. El segundo supuesto del peligro procesal (el de la obstaculización del proceso) se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del resultado del proceso, *pudiendo* ello manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, en la conducta de las partes o peritos del caso que incida en el juzgador a efectos de un equívoco resultado del proceso e incluso que de manera indirecta o externa el procesado en libertad *pueda* perturbar el resultado del proceso penal, aspectos de obstaculización del proceso que el juzgador debe apreciar en cada caso en concreto, ya que de contar indicios fundados de su concurrencia, deberá ser merecedor de una especial motivación que la justifique. La justicia constitucional no determina ni valora los elementos que dan lugar al peligro procesal del caso, sino que verifica que su motivación resulte mínimamente suficiente a efectos de la concurrencia de los presupuestos procesales que validan la imposición de medida cautelar de la libertad personal, puesto que -en lo que al caso de autos respecta- debe tenerse en cuenta que la ausencia de motivación en referencia a *la obstaculización del proceso* o de *la eventual sustracción del actor al proceso* convertiría a la imposición de la medida cautelar de la libertad personal (llámese prisión preventiva o mandato de detención provisional) en arbitraria y, por tanto, vulneradora de lo establecido por la Constitución (artículo 139°, numeral 3).

El peligro procesal se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria en relación a la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, de su influencia en la conducta de las partes o peritos del caso, o que, de algún otro modo, pueda perturbar el resultado del proceso penal, aspectos de obstaculización del proceso que no han sido considerados por los demandados. No se aprecia, en conclusión, una mínima motivación del supuesto del peligro procesal a efectos de validar la imposición de la medida de detención decretada en contra del recurrente de los autos (fojas 9 y 14), lo cual resulta violatorio de la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

Casación N°704-2015- Pasco

Pese a que la Corte Suprema de la República ha sostenido ya en senda jurisprudencia, que la prisión preventiva como institución procesal es de carácter execpcional y que uno de los presupuestos que cobra mayor importancia en el debate contradictorio es precisamente el peligro procesal entendido en sus dos manifestaciones, ello no resulta suficiente dado el contecto actual del empleo de tal medida de coerción personal.

Hoy en día el populismo punitivo que, no es más que la adopción de medidas que satisfacen los intereses de la sociedad, ha cegado la aplicación de conceptos jurídicos no solo en casos comunes sino también en los llamados «casos emblemáticos» de corrupción de funcionarios, lavado de activos, entre otros, razón por la cual el debate no solo jurisdiccional sino también académico ha traido consigo el cuestionamiento de si en una audiencia, cuya naturaleza es un requerimiento de prisión preventiva amerita, que se debata temas relacionados a tipicidad o culpabilidad.

Al respecto, en un primer momento se expondrá los argumentos planteados por la Corte Suprema en el recurso casacional objeto de estudio, para posteriormente exponer mi posición personal respecto al asunto en debate.

Un primer presupuesto de procedencia para la imposición de una medida tal como la prisión preventiva, es la que ha sostenido la Corte Suprema en el fundamento Decimoquinto del aludido recurso de casación, en el cual ha expresado lo siguiente:

> «Décimo Quinto: Para definir la situación jurídica del investigado e imponer una medida de aseguramiento que garantice su comparecencia al proceso (prisión preventiva, comparecencia restringida, comparecencia simple o arresto domiciliario) debe existir una Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (de conformidad con el artículo 336° del Código Procesal Penal) que contenga una imputación concreta: una proposición fáctica, una calificación jurídica y los elementos de convicción, además de haberla puesto en conocimiento del imputado»

De ello se desprende que, la medida de coerción personal como la prisión preventiva, solo tendrá lugar dentro del marco de una investigación de carácter formal, es decir, dentro del estadío procesal de la Investigación Preparatoria Formalizada o propiamente dicha, dado que como bien hemos sostenido al abordar el tema vinculado al plazo de la investigación preparatoria, la etapa de diligencias preliminares es comprendida como una investigación de carácter prejurisdiccional, siendo recién apartir de la emisión de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria el estadío procesal de carácter jurisdiccional, y ello precisamente ya que se cuenta recién a partir de dicho momento con la aparición formal del que se erige como Juez de Garantías o comunmente denominado Juez de Investigación Preparatoria, el cual evaluará con exhaustividad los diversos requerimientos formulados por el representante del Ministerio Público, ya sea los que se encuentren relacionados con medidas de coerción personal o aquellos requerimientos de medidas limitativas de derechos.

En relación con lo expresado líneas precedentes se desprende que dentro de la llamada investigación preliminar, no se hace referencia a la prisión preventiva como tal; sin embargo si se cuenta con otra institución procesal que permite la detención del investigado por un periodo de tiempo mucho mas breve que el de la prisión preventiva, aquella institución es la denominada detención preliminar judicial, la misma que ante los recientes acontencimientos de corrupción ha sido reiteradamente empleada, es más, me atrevería a decir que muchos de los representantes del Ministerio Público lo consideran como un paso previo dentro de la estrategia fiscal destinada a requerir un mandato de prisión preventiva.

Siendo ello así, la dentención preliminar judicial se encuentra regulada en el artículo 261° del Nuevo Código Procesal Penal, el mismo que a la letra señala lo siguiente:

«Art 261° Detención Preliminar Judiciales

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, al requerimiento del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquel, dicta manda de detención preliminar cuando:

a) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años u por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad.

(...)

Como es de verse en los supuestos similares al de la prisión preventiva, como lo es la detención preliminar judicial, no se requiere que el representante del Ministerio Público especifique el tipo de diligencias que se llevarán a cabo durante el tiempo de detención preliminar, bastará la sola presencia de supuestos razonables que conlleven a pensar que el procesado eludirá el accionar de la justicia, ya sea bajo la figura de peligro de fuga y obstrucción a la averiguación de la verdad.

Habiendo desarrollado de forma breve lo relacionado a la detención preliminar judicial corresponde seguir el análisis del recurso casacional N°704-2015-Pasco, dado que el cuestionamiento se daba en torno a verificar si en una audiencia de prisión preventiva era cuestionable solo los presupuestos a los que se hace referencia en el artículo 268° del NCPP o era factible entrar al debate de cuestión de tipicidad o culpabilidad, al respecto la Corte Suprema en el fundamento vigésimo del citado recurso de casación ha establecido lo siguiente:

«Vigésimo: En ese sentido, el objeto de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva es verificar si se cumplen o no los requisitos legales para dictar una orden de detención solicita por el Fiscal (previstas en el artículo 268° del Código Procesal Penal). De ninguna manera esta audiencia está supeditada al análisis y prueba de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad de la conducta».

Sin embargo, ello no ha sido el único pronunciamiento al respecto, dado que en el fundamento Vigésimo Primero de igual forma se ha sostenido lo siguiente:

«Vigésimo Primero: Es pertinente puntualizar, que el Fiscal en el requerimiento de prisión preventiva que presenta ante el Juez

de Investigación Preparatoria, entre otros, realiza la descripción de los hechos y la tipificación específica correspondiente. Esta formulación de imputación concreta es responsabilidad exclusiva del Fiscal y no es objeto de discución en audiencia. Dicha imputación comprende una proposición fáctica y su calificación jurídica».

Como es de verse, del análisis conjunto de de los citados fundamentos , y el criterio adoptado personalmente, cada requerimiento tiene un vía para desarrollar el contradictorio, es decir una naturaleza propia, al igual que los supuestos recurribles vía tutela de derechos no pueden ser cuestionables por otro tipo de audiencias. Similar situación debe ser adoptada con la medida coercitiva de prisión preventiva, si bien esta a comparación de la audiencia de tutela de derechos no es de carácter subsidiaria si es propia de una vía en específica, y ello precisamente por la naturaleza de lo que se debate.

La garantía constitucional del imputado a la comunicación previa y detallada de la acusación goza de reconocimiento constitucional, el mismo que se plasma a continuación:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Tal como lo manda la Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, que consagra la cláusula de interpretación conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos, esta disposición debe ser interpretada a la luz del artículo 8.2.b CADH, es decir, el derecho de toda persona a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada. Dicho derecho también encuentra reconocimiento en el artículo 8, cuyo enunciado normativo es el siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación pe-

nal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (énfasis agregado);

A propósito del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, que en el PIDCP es denominado de información comprensible y detallada de la naturaleza y causas de la acusación formulada, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N.° 13, definió lo siguiente:

8. Entre las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el párrafo 3, la primera se refiere al derecho de toda persona a ser informada, en un idioma que comprenda, de la acusación formulada contra ella (apartado a)). El Comité observa que en

los informes de los Estados no se indica con frecuencia la manera en que se respeta y garantiza este derecho. El apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de las personas no detenidas. El Comité observa también que el derecho a ser informado «sin demora» de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa.[48]

La Corte IDH, por su parte, tiene declarado:

187. El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las **autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad,** en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa.[49]

Como lo señala la Corte IDH, su línea interpretativa se sustenta en la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Pellisier y Sassi c. Francia*:

51. El Tribunal recuerda que las disposiciones del apartado 3 a) del artículo 6 muestran la necesidad de poner un cuidado extremo en notificar «la acusación» al interesado. El acta de acu-

---

[48] Observación General N° 13, Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), Fundamento Jurídico (FJ) 8.

[49] SCorteIDH, Caso Tibi c. Ecuador, FJ 187.

> sación juega un papel determinante en las diligencias penales: a partir de su notificación, la **persona encausada está oficialmente informada por escrito de la base jurídica y de hecho de las imputaciones que se formulan contra ella** (Sentencia Kamasinski contra Austria de 19 diciembre 1989, serie A núm. 168, pgs. 36-37, ap. 79)- El artículo 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado no solo del motivo de la acusación, es decir, de los hechos materiales de los que se le acusa y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos y esto, como indica justamente la Comisión, de manera detallada.[50]

Luego en el caso Acosta Calderón c. Ecuador, la Corte IDH ratificaría su posición:

> 118. El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes **notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad**, en forma previa a la realización del proceso79. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa.[51]

La línea jurisprudencial del órgano de control de la CADH se acentuaría en el caso Palamara Iribarne c. Chile:

> 225. El artículo 8.2.b) de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales **competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad**, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Más aún, la Corte

---

[50] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), Caso Pellisier y Sassi c. Francia, FJ 51.

[51] SCorteIDH, Caso Acosta Calderón c. Ecuador, FJ 118.

estima que se debe tomar en particular consideración la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen, como en este caso, el derecho a la libertad personal.[52]

La doctrina consolidada de la Corte IDH se vería ratificada en el caso López Álvarez c. Honduras:

> 149. El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes **notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le atribuye responsabilidad**. Para que este derecho satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Esta garantía es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. Es preciso considerar particularmente la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen el derecho a la libertad personal, como en este caso.[53]

Pese a la claridad de la interpretación del órgano de control del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH) sobre el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada, el contenido protegido de dicho derecho vería definidos sus contornos con mayor precisión todavía en la sentencia del caso Barreto Leiva c. Venezuela:

> 45. Es admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia de la administración de justicia. **Asiste al Estado la potestad de construir un expediente en búsqueda de la verdad de los hechos, adoptando las medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas. Sin embargo, esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, *inter alia*, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan.**

---

[52] SCorteIDH, Caso Palamara Iribarne c. Chile, FJ 225.
[53] SCorteIDH, Caso López Álvarez c. Honduras, FJ 149.

> 46. La transición entre «investigado» y «acusado» -y en ocasiones incluso «condenado»- puede producirse de un momento a otro. No puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que –como en el presente caso- se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa.
>
> 47. El hecho de que el señor Barreto Leiva hubiese podido conocer por los medios de comunicación o por su declaración previa ante el Congreso (supra párr. 33) el tema de la investigación que se estaba realizando, no relevaba al Estado de cumplir con lo dispuesto en el artículo 8.2.b de la Convención. El investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no solo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan. De esta forma su respuesta podrá ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen; se garantizará el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia, y se asegura el derecho a la defensa.[54]

La posición de la Corte IDH en Barreto Leiva c. Venezuela termina de diseñar el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada como un presupuesto del derecho de defensa, de tal manera que la afectación de aquél redundará necesariamente en la afectación de éste.

Siguiendo la directriz de interpretación conforme, el Tribunal Constitucional del Perú (TC) ha ido construyendo su jurisprudencia en torno del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, que se vio consolidada en la sentencia recaída en el Expediente N.° 156-2012-HC (Caso Tineo Rodríguez) y que ha sido recientemente ratificada en la sentencia recaída en el Expediente N.° 03482-2013-AA (Caso Pinto Choque).Así, el TC declaró lo siguiente:

> 17. De conformidad con el artículo 8.2.b) de la Convención Americana, una vez que se formula una acusación, ésta debe

[54] SCorteIDH, Caso Barreto Leiva c. Venezuela, Fundamentos Jurídicos (FFJJ) 45-47.

ser comunicada de manera «previa y detallada» al inculpado. En sentido similar, el Título Preliminar del Código Procesal Penal en su artículo IX reconoce que toda persona tiene derecho «a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra».

Al respecto, conviene precisar que en la sentencia del Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, de fecha 17 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana ha precisado que el ejercicio de este derecho se satisface cuando:

a. **Se le informa al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos.**

Habiendo entonces de por medio una imputación concreta, la cual previamente ha sido de conocimiento del procesado impediría que se este frente a una afectación al debido proceso, dado que debe entenderse que la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria es el título objeto de imputación, el cual debe contener una imputación precisa, concreta y circunstanciada, acorde al desarrollo de la investigación.

Posterior a ello, y habiendo tomado conocimiento oportuno de los cargos formulados en su contra, el procesado conjuntamente con su defensa técnica dispondrá del tiempo necesario para diseñar su estrategia de defensa, no siendo permisible que esta se encuentre orientada a cuestionar temas de tipicidad o culpabilidad, tanto más si para tal pretensión podría hacerlo valer en la Etapa Intermedia mediante una exepción de improcedencia de acción destinada a cuestionar la responsabilidad del agente.

Es la misma Corte Suprema quien ha adoptado dicha postura al sostener en el fundamento vigésimo tercero de la Casación N°704-2015-Pasco lo siguiente:

> «Vigésimo Tercerno (...) Sería una equivocación pensar que la garantía constitucional de defensa comienza a regir cuando el imputado recién comparece ante el juez en audiencia».

Es precisamente por ello que, habiendo la defensa tomado conocimiento oportuno de la imputación formulada por el representante del Ministerio Público, la misma que no deberá ser modificada en cuanto a hechos ni a imputación dado que, como se ha sostenido de forma reiterativa líneas precedentes, la disposición de formalización de la investigación hace referencia al título de imputación el cual por ningún motivo deberá ser modificado en las llamadas audiencias previas al juzgamiento, entendiendo dentro de ellas tanto a la audiencia de control de plazo, tutela de derecho, inadmisión de diligencias sumariales y al de prisión preventiva.

Siendo entonces inadmisible que la imputación se vea modificada antes del juzgamiento, ello imposibilitaría que se pretenda debatir en una audiencia de prisión preventiva supuestos relacionados a tipicidad o culpabilidad, tanto más si la medida de coerción personal como la prisión preventiva tiene como finalidad asegurar la presencia del imputado en el proceso, por ende se habla aun de un proceso de investigación en desarrollo, el cual no habría culminado, y por ende la tesis de imputación es suceptible de incluir o más personas vinculadas con los hechos denunciados.

Debe comprenderse que el impedimento de debatir cuestiones de tipicidad o culpabilidad instalada la audiencia de prisión preventiva no solo involucra un «limitación» a los integrantes de la defensa, ello también es aplicable al representante del Ministerio Público, por lo que no se le encuentra permitido que al haber considerado que tales hechos también involucrarían la comisión de otro delito pueda sustentar el mismo en la audiencia de prisión preventiva, ello será objeto de una ampliación de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A nivel supranacional, los órganos competentes para emitir pronunciamiento respecto de una medida tan gravosa aplicable a algún caso en concreto, son tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las mismas que en diversas oportunidades se han pronunciado respecto a la naturaleza excepcional de las medidas coer-

citivas restrictivas de la libertad personal, comprendido dentro de ellas y como principal institución procesal a la prisión preventiva, dicho de otro modo, aquella institución debe ser tratada como una excepcionalidad dentro del proceso, proceso en el cual valga la redundancia debe primar un sistema de corte acusatorio respetuosa de la garantía de presunción de inocencia, ello claro está dependiento el estadio procesal en el cual nos encontremos y con los medios de prueba que hasta ese momento se disponga, en ese sentido la **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Suárez Rosero *Vs.* Ecuador en la Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 70 ha precisado lo siguiente:**

> 77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos (**Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Suárez Rosero *Vs.* Ecuador Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 70)**

Sin embargo, no ha sido el único pronunciamiento adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en el Caso Instituto de Reeducación del menor vs Paraguay, párrafo 228 también se ha pronunciado al respecto, señalando así lo siguiente:

> 228. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática

Aunado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs Ecuador en la sentencia del 7 de setiembre del 2004, así como también en el caso Suárez Rosero ha sostenido que la prisión preventiva significaría un anticipo de pena siempre y cuando dicha medida sea impuesta afectando tanto el plazo razonable y de aplicación a aquellos individuos cuya responsabilidad no haya sido evidenciado, de tal forma se concluye que la imposición de dicho medida de coerción personal no se encontraría debidamente motivada.

> «Se incurriría en una violación de la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos»

Los vicios de motivación deben ser entendidos no como un impedimento para la imposición de la prisión preventiva, recordemos que dicha medida por su carácter excepcional solo será de aplicación en los casos que exclusivamente lo requieran; sin embargo cuando tal situación se encuentre configurada será de vital importancia no incurrir en motivaciones desproporcionadas dado que en segunda instancia se valorará no solo en análisis lógico objetivo realizado por el Aquo de primera instancia; adicionalmente a ello se podría sostener que existe incongruencia procesal entre lo narrado en la parte considerativa de la resolución con lo determinado en la parte resolutiva de la misma, es precisamente por ello que El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 728-2008-PHC/TC, caso Llamoja Hilares, indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta, pues solo así es posible evaluar si el Juez Penal ha obrado

de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida (sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y recientemente en el número mil ciento treinta y tres-dos mil catorce-PHC/TC)

INDEBIDA MOTIVACIÓN

En el Exp. N.° 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.° 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento*. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión. Por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles,* como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos don-

de suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por «X», pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de «X» en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) *La motivación insuficiente*. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la «insuficiencia» de

fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, *incisos* 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) *Motivaciones cualificadas*. - Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA RECONOCIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

«El derecho constitucional de presunción de inocencia que le asiste como procesado, y que determina que el grado de exigencia cautelar siempre debe ser el menos gravoso y aflictivo, más aún si

en el caso del actor no se aprecian elementos de juicio que verifiquen la existencia de peligro procesal, resultando por ello arbitraria la continuación de su encarcelamiento preventivo procesal». (Sentencia Tribunal Constitucional 613-2000- HC/TC, fundamento jurídico 4)

«*La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios de derecho universalmente reconocidos*» (CIDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C N°112, párrafo 229. *Caso Suárez Rosero,* párrafo 77.)

La validez de tales límites y, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad» (Caso Gangaram Panday, párrafo 47, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*).

III
Etapa intermedia

3.1. Introducción

La investigación preparatoria concluye normalmente con un requerimiento que efectúa el representante del Ministerio Público, al juez de la investigación preparatoria, este pedido puede consistir con la decisión de la formulación de la acusación, o su solicitud de sobreseimiento, según sea el caso. La etapa intermedia se inicia una vez concluida la investigación preparatoria y formulada la acusación o solicitado el sobreseimiento hasta que se dicte el respectivo auto de enjuiciamiento o sobreseimiento.

El profesor Pablo Sánchez Velarde señala que esta etapa intermedia comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria (artículo 343°) hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento (artículo 353°) o cuando se decide por el juez el sobreseimiento del proceso (artículo 347°)[55].

Asimismo, el profesor César San Martín Castro, citado por la doctora Mávila León, precisa que «la etapa intermedia está destinada al control de la acusación y decisión acerca del enjuiciamiento. Se prevé la existencia de una Audiencia Preliminar. Está por definirse el rol del juez en orden a la solicitud fiscal de sobreseimiento. Se considera imperativa la inclusión de la oralidad, la vigencia del régimen contradictorio, la función de saneamiento procesal y de fijación de hechos y prueba»[56].

La etapa intermedia garantiza el filtro efectuado por un imparcial, quien va a tomar la decisión respecto de que la causa que se somete a juicio oral no sea superficial ni arbitraria.

---

[55] Sánchez Velarde, Pablo, *op. cit.*, p. 111.
[56] Mávila León, Rosa, *op. cit.*, p. 130.

La etapa intermedia se dirige, entonces, a evitar que lleguen al juzgamiento casos con acusaciones inconsistentes por no tener suficientes elementos de convicción que hacen inviable un juicio exitoso para el Ministerio Público, con ello se pretende evitar la realización de juicios orales con acusaciones con defectos formales o fundamentadas en forma indebida.

La etapa intermedia tiene por finalidad preparar tránsito de la investigación preparatoria a la etapa del juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso. Para que el juicio oral sea exitoso, debe ser preparado en forma mesurada y responsable, realizando un control destinado a sanear los vicios sustanciales y formales de la acusación del Fiscal, todo ello durante la audiencia preliminar, lo que significa que exista una causa probable, para poder pasar a la etapa de juzgamiento.

La existencia de la audiencia preliminar de control de acusación, sirve de filtro y como estación de verificación de la información que será debatida luego en el juicio oral. Es el equivalente a la Audiencia de Saneamiento que regula el Código Procesal Civil (CPC), pues busca similares propósitos.

Dicha Audiencia se verifica en un escenario de contradicción, con la participación activa de las partes, quienes están investidas de igualdad, teniendo la misma posibilidad de plantear una serie de incidentes procesales, que deben resolverse por el Juez de la investigación preparatoria, vía inmediación en la misma audiencia de control. Es la oportunidad para plantear los llamados medios técnicos de defensa.

Luego de que sean resueltas las incidencias referidas a excepciones o medios técnicos de defensa, pedidos de nulidades y en general articulaciones destinadas a cuestionar la existencia de una relación jurídico procesal válida; se debe pasar al ofrecimiento y admisión de los medios probatorios que presenten las partes; sin embargo, en nuestra opinión se debería realizar previamente a ello lo que el NCPP denomina *convenciones probatorias* o *estipulaciones*, que son los acuerdos sobre hechos probados o sobre medios probatorios que darán por acreditados determinados hechos. Solo luego de que las partes hayan tenido la oportunidad de hacer las citadas conven-

ciones probatorias, se deberá invitar a las partes a que ofrezcan los medios de prueba respecto de lo que no fue materia de convención probatoria, los mismos que vía contradictorio se admitirán, es en este escenario donde en principio se elabora en «menú probatorio». El fiscal y la defensa ofrecerán todos los medios de prueba que sustentan su acusación que deberán actuarse en el Juicio para acreditar las proposiciones fácticas de su *Teoría del Caso*. El equivalente a ello en el proceso civil es la fijación de puntos controvertidos y la posterior admisión de medios probatorios, solo respecto a lo que es materia de controversia.

Respecto a los hechos que no son materia de controversia, **resulta inútil ofrecer medios probatorios**.

EJEMPLO:

El caso de violación sexual

En estos casos, el acusado no cuestiona que el abuso sexual se haya cometido, sin embargo, niega su participación. En tal caso podrá ser materia de convención probatoria la desfloración sexual que presenta la agraviada, también el estrés que viene sufriendo como consecuencia de la agresión, etc.; en cuyos casos y luego de celebrarse convención probatoria sobre estos hechos no controvertidos, ya no sería necesario, ofrecer como medio probatorio para el acto de la Audiencia de Juzgamiento la declaración de los peritos médicos legistas y psicológicos; también en el mismo caso, se podrían hacer convenciones probatorias, respecto a que la no permanencia en el país del procesado en la fecha de la violación sexual, se acreditará con la declaración y debate que se realizará en el juzgamiento, entre los peritos que elaboraron los peritajes grafotécnicos de los documentos presentados.

Los medios de prueba ofrecidos (solo sobre los puntos que no fueron materia de convención probatoria), deben pasar por los filtros de pertinencia, conducencia y utilidad, en virtud del principio contradicción las partes adversas, podrán proponer oposición, a los medios de prueba ofertados por la otra parte, motivando sus objeciones de acuerdo a criterios de pertinencia, utilidad, conducencia y prueba prohibida.

En este aspecto es necesario que los jueces de la investigación preparatoria, al definir la admisión de medios de prueba en la etapa intermedia, deben conocer la *Teoría del Caso* que tienen las partes, como lo advierten los profesores chilenos BAYTELMAN y DUCE: «(...) La relevancia o pertinencia de una prueba solo puede evaluarse desde la *Teoría del Caso* de las partes y su funcionamiento en juicio; 'la pertinencia tiene que ver con la prueba que acredita el hecho materia de la acusación y la participación'.

En este mismo orden de ideas señalan (...) que si un juez —de juicio o de garantías— no conoce las dinámicas de litigación con cierta profundidad, sus posibilidades de tomar decisiones en frente de las cuestiones normativas —de admisibilidad, de credibilidad o de legalidad— se ven seriamente mermadas»[57].

a. Control formal

El ámbito formal, la etapa intermedia constituye el conjunto de actos procesales que tiene como fin el saneamiento formal de los requerimientos que efectúa el representante del Ministerio Público responsable de la investigación preparatoria, al juez de la investigación preparatoria que dirige esta etapa. En la etapa intermedia es donde se va a determinar si el representante del Ministerio Público, al requerir el sobreseimiento del caso, identificó bien o mal al imputado. Si se determina que en su petición no ha identificado de modo correcto al imputado, aquí es la oportunidad para corregir tal defecto, el juez podrá disponer de oficio una ampliación de la investigación preparatoria, a fin de realizar nuevos actos de investigación (formalidades como identificación, hechos, etc.).

b. Control sustancial o material

Desde el otro ámbito, la etapa intermedia consiste en el conjunto de actos procesales en los cuales se discute preliminarmente sobre las condiciones de fondo de los requerimientos del fiscal (verificación que la acusación tiene sustento de medios probatorios, insuficiente, impertinente o ilícito —prueba prohibida—, o que el requerimiento de sobreseimiento esté mal sustentado y posea suficientes indicios para acusar; también podría ser el tema de las excepciones).

---

[57] BEYTELMAN A., Andrés y J. Mauricio DUCE, *op. cit.*, p. XI.

En el nuevo proceso penal no es posible realizar «acusaciones formales» que lamentablemente en la práctica del sistema penal mixto con tendencia inquisitiva, todavía se aceptan, pese a que vulneran en forma directa los fundamentos y desarrollos del modelo procesal penal constitucional.

En la audiencia de control, llevada a cabo en la etapa intermedia, se decidirá si existen o no suficientes fundamentos para pasar a la etapa de juzgamiento, el Juez de la investigación preparatoria decidirá, escuchando previamente a las partes, si existen fundamentos para aceptar la acusación propuesta por el Fiscal o si, efectivamente, debe dictarse el sobreseimiento del caso.

Por otro lado, en la etapa intermedia, complementariamente se resuelven las cuestiones y excepciones planteadas, así como todo otro incidente que se produzca.

c. El requerimiento de sobreseimiento

Después que el Fiscal disponga la conclusión de la investigación preparatoria, ya sea porque considera que cumplió su objetivo o porque el Juez de la investigación preparatoria así lo determina luego de producida una audiencia de control de plazos de investigación, en un término no mayor de quince días en el primer supuesto, o en un plazo no mayor de diez días en el segundo, podrá decidir si solicita el sobreseimiento de la causa (artículo 344°). Sobre el particular, se debe precisar que la Casación N° 54-2009-La Libertad, de fecha 20 de julio del 2010, ha señalado que dicho plazo de 15 días no es de caducidad; sin embargo, su inobservancia está sujeta a una sanción disciplinaria.

El requerimiento de sobreseimiento por parte del representante del Ministerio Público no es otra cosa que el requerimiento o solicitud de archivamiento del caso. Lo requiere ante el Juez de la investigación preparatoria al concluir que del estudio de los resultados de la investigación preparatoria, a partir de las investigaciones realizadas, llega a la convicción de que el hecho investigado nunca se realizó, cuando el hecho no es atribuible al investigado, cuando el hecho no es típico, cuando concurre una causa de justificación, cuando concurre una causa de inculpabilidad o cuando la acción penal se ha extinguido, o no existe razonablemente la posibilidad de in-

corporar nuevos elementos de prueba al caso y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado[58].

Establece el control mediante oposición del requerimiento de sobreseimiento por los demás sujetos procesales, por su parte, el actor civil, tendrá la posibilidad objetar el pedido de sobreseimiento al considerar que existen suficientes elementos de convicción para someter a juicio al investigado, su oposición a este requerimiento lo efectúa en el plazo establecido, que será de diez días. Esta oposición se resolverá por el juez de la investigación preparatoria, en la audiencia preliminar de control, luego de escuchar las posiciones orales de las partes, vía inmediación y contradicción.

d. Presupuestos para requerir sobreseimiento

Con la finalidad de señalar taxativamente los supuestos en los cuales el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento después de la investigación preparatoria, el legislador del nuevo ordenamiento adjetivo en el artículo 344°, inciso 2, ha regulado en forma expresa los supuestos que de producirse en la realidad originarían un pedido de sobreseimiento, el citado inciso ha previsto que el Fiscal podrá requerir el sobreseimiento cuando se den los presupuestos indicados.

La naturaleza de los supuestos previstos y sobre la base del principio de objetividad que debe guiar el actuar de los representantes del Ministerio Público, consideramos que no es una facultad, sino un deber u obligación ineludible del Fiscal solicitar el sobreseimiento cuando en la práctica se verifiquen los siguientes supuestos:

- El hecho objeto de la investigación preparatoria no se realizó.
- El hecho objeto de la causa no puede ser atribuido al imputado. -El hecho imputado no es típico.
- En el hecho concurre una causa de justificación.
- En el hecho imputado concurre una causa de inculpabilidad (artículo 20°, Código Penal, inciso 5).

---

[58] TALAVERA ELGUERA, Pablo, en: BEYTELMAN A., Andrés y J. Mauricio DUCE, *op. cit.*, p. 31.

- En el hecho imputado concurre una causa de no punibilidad.
- La acción penal se ha extinguido. Esto ocurre cuando se dan los supuestos previstos y sancionados en los artículos 80, 81, 82 y 83 del Código Penal.
- No existe la posibilidad razonable de incorporar nuevos datos a la investigación y los existentes no sirven para fundar una acusación.

El profesor San Martín Castro[59] determina que para cumplir con los requisitos o presupuestos formales y materiales, para dictar un auto de sobreseimiento por parte del juez de la investigación preparatoria, se deben contemplar cuatro presupuestos materiales:

1. **Insubsistencia objetiva del hecho:** es decir, cuando hay una absoluta convicción de que el hecho que dio origen al proceso nunca ha existido en realidad.
2. **Inexistencia del hecho punible:** cuando si bien el hecho investigado existe en atípico.
3. **Falta de indicios de responsabilidad penal:** es decir, faltan indicios racionales de delictuosidad en el imputado, causa de justificación, legítima defensa, error vencible.
4. **Prueba notoriamente insuficiente:** para fundamentar la pretensión punitiva.

3.2. Audiencia de control de sobreseimiento

El procedimiento del requerimiento de sobreseimiento, se da cuando el representante del Ministerio Público remite la carpeta fiscal al Juez de la investigación preparatoria, quien después de recibir el requerimiento de inmediato, deberá trasladar este requerimiento, que contiene la solicitud, a los demás sujetos procesales por el plazo máximo de diez días; dentro de este plazo, los sujetos procesales podrán formular oposición debidamente fundamentada al sobreseimiento, la audiencia de control del sobreseimiento se realiza aun cuando las partes no formulen oposición.

---

[59] SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, t. I, Editora Jurídica Grigley, Lima, 2003, p. 618.

Por otro lado, si la parte que plantea oposición no cumple con argumentarla adecuada y razonablemente la misma será declarada inadmisible.

Es posible que la oposición, como mencionamos líneas arriba, se fundamente en la omisión de la actuación de actos de investigación, caso en el cual se solicitará la realización de una investigación suplementaria, indicando su objeto y los medios de investigación que considere procedentes. Con el vencimiento del plazo del traslado, el juez de la investigación preparatoria, citará a los sujetos procesales para realizar la audiencia preliminar de control de sobreseimiento, donde se debatirán los criterios que contengan el requerimiento de sobreseimiento.

La audiencia se realizará con los asistentes. Se empezará escuchando al Fiscal, luego al sujeto procesal que haya formulado oposición y después a otro sujeto procesal que quiera intervenir. Todo el debate girará en torno o sobre los fundamentos del requerimiento fiscal, no se actúan pruebas —hay que recordar que solo se actúa prueba excepcional ante el juez de la investigación preparatoria mediante prueba anticipada—. Finalizado el debate, el Juez responsable de la audiencia pronunciará su decisión en forma oral.

Luego de efectuada la audiencia, en un plazo no mayor de 15 días, el Juez emitirá el pronunciamiento que al caso corresponda. El mismo que puede ser hasta en tres sentidos (artículo 346°):

- Si considera fundado el requerimiento efectuado por el Fiscal, dictará el auto de sobreseimiento y dispondrá el archivo del caso.
- Si considera que el requerimiento fiscal no es procedente, expresando las razones o fundamentos en que funda su desacuerdo, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. Solo el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública.

El Fiscal Superior se pronunciará en un plazo no mayor de diez días. Si ratifique el requerimiento, el Juez de la investigación preparatoria sin trámite alguno dictará el auto de sobreseimiento aun en contra de su criterio y posición. Caso contrario, si el Fiscal Superior

no está de acuerdo con el requerimiento formulado, ordenará que se formule la acusación por un Fiscal diferente al autor del requerimiento objeto de consulta.

- El artículo 346° del NCPP establece que en el supuesto del artículo 345, inciso 2, si el juez lo considera admisible y fundado, la oposición dispondrá la realización de una investigación suplementaria, indicando el plazo y las diligencias que el fiscal debe realizar.

EJEMPLO:

El caso del actor civil

El actor civil, al oponerse al requerimiento de sobreseimiento, solicita la actuación de determinado acto de investigación pertinente y útil que deberá efectuarse, pues ante una eventual negativa, el Juez puede disponer su actuación, al verificarse que el acto de investigación solicitado por el actor civil es inútil e impertinente para *tema probandum*, que sustentan las *Teorías del Caso* de las partes, deberá ser desestimado.

Los Jueces a fin de no distorsionar el principio de reparto de roles que fundamenta el modelo acusatorio, deberán ordenar nuevos actos de investigación, si el requirente es el actor civil y solo respecto de los actos por él solicitado, de actuar de manera oficiosa podría convertirse indirectamente en director de la investigación y con ello perdería imparcialidad y atentaría contra el principio de que quien investiga no juzga.

Por otro lado, el auto que declara el sobreseimiento señala en forma taxativa en el artículo 347° inciso 2, que el sobreseimiento tiene carácter definitivo, tal como aparece ya previsto en el inciso 13 del artículo 139° de la Constitución.

El auto de sobreseimiento origina el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dictó y adquiere la autoridad de cosa juzgada; es decir, nadie puede revivir el proceso finalizado con sobreseimiento.

El efecto que genera el auto de sobreseimiento, es que nunca más un Fiscal podrá investigarlo y menos sancionarlo un Juez por el mismo hecho objeto de un sobreseimiento anterior. Si eventualmen-

te ello sucede, opera de modo eficaz el principio de *ne bis in idem* («no dos veces por los mismos hechos») *procesal*, por el *ne bis in idem material*, lo que se busca es evitar la multiplicidad de sanciones; sin embargo, el propio máximo intérprete de la Constitución se ha encargado de precisar, que para que resulte procedente la aplicación de este principio, es necesario verificar la concurrencia de una triple identidad) o sustancial (el *ne bis in idem procesal*, lo que se persigue es evitar la multiplicidad persecutora; es decir, que frente a un mismo hecho cometido por la misma persona, no se genere la duplicidad de procesos penales, o de un proceso penal y un proceso administrativo sancionador, o dos procesos administrativos sancionadores. Cuando ello ocurra, resulta de aplicación el denominado principio de primacía jurisdiccional, por el cual, de verificarse una dualidad de procesos: uno penal y otro administrativo sancionador, prima el proceso penal, y el otro debe suspenderse y estarse a lo resuelto en aquel, dependiendo ello de cada caso en concreto.

La garantía del *ne bis in idem* se constituye en un principio limitador de la función punitiva del Estado, que busca evitar que una persona sea perseguida o sancionada más de una vez por los mismos hechos, tanto en la jurisdicción penal como en la del derecho administrativo sancionador; tratando así de evitar toda forma de interdicción múltiple.

Debe tenerse en cuenta siempre que el *ne bis in idem* funciona o prospera cuando en dos o más procesos penales concurren el mismo objeto, el mismo sujeto e idéntico fundamento, como lo ha reiterado el Tribunal Constitucional en varias sentencias. Esto es, el o los mismos imputados, el o los mismos hechos investigados, así como el mismo bien jurídico protegido de los delitos objeto de los procesos.

En mérito al principio de la doble instancia, el auto de sobreseimiento puede ser objeto de apelación, pero ello de modo alguno impide ser el caso, la inmediata libertad del imputado a quien favorece.

3.3. La acusación fiscal

De acuerdo al artículo 344°, luego de que el fiscal responsable del caso da por concluida la investigación preparatoria, ya sea porque considera que cumplió su objetivo o porque el Juez de la inves-

tigación preparatoria, así lo determinó luego de producida una audiencia de control de plazo, en el lapso no mayor de quince días en el primer supuesto, o en un plazo no mayor de diez días en el segundo, podrá decidir si formula o no la acusación.

La acusación constituye un acto procesal propio del Ministerio Público, en donde se instituye en parte en sentido estricto, como bien lo señala la doctora Mávila León[60].

La acusación es un pedido fundamentado que realiza el fiscal ante el juez de investigación preparatoria, para que el caso que previamente ha sido investigado pase a juicio oral y por tanto, contiene indicios suficientes que el hecho delictivo investigado así como la responsabilidad penal del imputado serán acreditados en el juicio oral público y contradictorio.

De acuerdo con el Acuerdo Plenario 06-2009, se entiende que la acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública. Mediante la acusación, la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado[61].

Como lo señalan los artículos 349° y 350° del NCPP, referente a la acusación, esta deberá ser debidamente motivada y contendrá:

a. Los datos que sirvan para identificar al imputado.
b. La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el debate de cada una de ellos. Con respecto a este punto, el representante del Ministerio Público, deberá describir en forma clara los hechos materia de

---

60 Mávila León, Rosa, *op. cit.*, p. 112.
61 Acuerdo Plenario 06-2009.

imputación, que conjugan el criterio de la fiscalía y que los mismos fueron desarrollados por el imputado en la comisión del delito, cuando exista pluralidad de imputados, se deberá describir el hecho incriminado perteneciente a cada imputado, ello significa que la motivación debe existir en todo ámbito y especialmente en la descripción del hecho, puesto que con este preciso conocimiento la defensa técnica podrá elaborar su estrategia de defensa.

c. Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio.

d. La participación que se le atribuye al imputado.

e. La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran.

f. El artículo de la ley penal que tipifica el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite.

g. El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo.

h. Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia (no prueba debida que está a excepción de la prueba anticipada, solo se produce en el juicio oral). En este caso se presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

La acusación será debidamente motivada; es decir, se hará una justificación tanto interna como externa, utilizando para tal efecto los elementos de convicción con los que cuenta el Fiscal responsable del caso. La acusación consiste en una petición de pena, basada en un título de condena y se fundamentada en la presunta comisión de un hecho punible de carácter histórico por una persona que previamente ha de haber sido imputada e investigada.

La acusación solo se referirá a hechos y personas incluidas en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, no obstante, el fiscal puede efectuar una calificación jurídica diferente

(calificación jurídica alternativa y subsidiaria). En la acusación, el Fiscal responsable del caso también podrá señalar alternativa o subsidiariamente las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto al de imputación principal. Esto tiene trascendencia para el caso que no resultare demostrado en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, pero si se demuestra la concurrencia de los elementos de la calificación alternativa.

Esto significa que el fiscal, al momento de acusar, puede decir, por ejemplo: los hechos no constituyen hurto como se presumía en la investigación, sino robo. Pero lo que no puede hacer es cambiar los hechos ni menos a las personas investigadas, el fiscal solo tiene opción a presentar una acusación fundada en hechos que han sido materia de investigación, (congruencia entre los hechos expuestos en la Disposición de Investigación Formalizada y expuestos en la acusación), de tal forma que únicamente la información recabada sobre los hechos materia de investigación pasaran por un control en donde es posible complementar e integrarla en lo que no sea sustancial.

El Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes, dictadas durante la investigación preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda. Igual ocurre con el proceso inmediato regulado en los artículos 446°, 447° y 448° del NCPP.

3.4. Efectos de la acusación e intervención de los sujetos procesales

Una vez que el juez de la investigación preparatoria recibe la acusación, en forma inmediata notificará el contenido de la misma a las otras partes del proceso, de igual forma como se realiza en el requerimiento de sobreseimiento. El juez de la investigación preparatoria, al notificar la acusación a las partes, adjuntará la copia de la acusación fiscal, las partes después de la notificación de la acusación, y en el plazo máximo de diez días, las partes, es decir, el imputado, la parte civil o el tercero civil, podrán —como lo señala el artículo 350° del NCPP— elegir las siguiente alternativas:

a) Observar la acusación del fiscal por defectos formales.
b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteados con anterioridad.
c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción.
d) Solicitar la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242° y 243° del NCPP.
e) Solicitar el sobreseimiento (podrá efectuarlo solo el imputado y su abogado defensor).
f) Solicitar la aplicación del principio de oportunidad.
g) Ofrecer medios de prueba para el juicio oral.

   Se adjuntará la lista de los órganos de prueba propuestos (testigos y peritos) que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate.
h) Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.
i) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.
j) Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.

3.5. Tipos de acusación

Existen los siguientes tipos de acusación:

FALTA TEXTO

3.6. Audiencia de control de acusación

Presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales, o vencido el plazo máximo de diez días, el juez de la investigación preparatoria que dirige esta etapa, señalará día y hora para la realización de la audiencia preliminar. Esta audiencia se deberá desarrollar dentro de un plazo no menor de cinco ni mayor de veinte días.

El director de la audiencia preliminar o audiencia de control de acusación está a cargo del juez de la investigación preparatoria, quien requiere para la instalación de la audiencia, la presencia obligatoria del representante del Ministerio Público y de la defensa técnica, en la medida que la audiencia preliminar es una audiencia de control y revisión de la acusación, que representa una garantía del imputado, y que debe desarrollarse bajo la observación de los principios que informan la realización de un juicio oral, es decir, contradicción, inmediación, etc., la presencia del acusado no es indispensable para la instalación de la audiencia y no se configura como un requisito material.

No pueden presentarse escritos, ni actuarse diligencias de investigación o de prueba específica, salvo exclusivamente el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental.

Instalada la audiencia, el Juez dará la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.

Es atribución del persecutor penal, que en la misma audiencia de control de la acusación, en forma oral y presentando su escrito respectivo, podrá modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial, es decir, solo se puede hacer correcciones sobre cuestiones de forma, mas no así en cuestiones de fondo, el juez de la investigación preparatoria, en la audiencia de control, manteniendo la vigencia y respeto irrestricto al principio de contradicción, correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes, a fin de cuestionar, contradecir o asentir, respecto a la modificación, aclaración o integración de la acusación.

Luego que concluye la audiencia de control de la acusación y resolver los requerimientos efectuados por los demás sujetos procesales, el juez responsable de la etapa intermedia y siempre dependiendo del supuesto concreto, podrá proceder del modo siguiente:

El juez deberá en lo posible resolver, inmediatamente todas las cuestiones planteadas, el juez puede diferir la emisión de su resolución hasta por cuarenta y ocho horas después. Este término es

improrrogable, si la resolución se difiere, la decisión simplemente se notificará a las partes. Después del debate se pone en evidencia que la acusación tiene defectos que requieren un nuevo análisis de parte del representante del Ministerio Público, por lo que se suspende la audiencia por cinco días; el juez dispondrá la devolución de la acusación para efectos que se la corrija, después de efectuar la corrección de la acusación y ser entregada al juez, la audiencia se reanudará.

Como señalamos líneas arriba, el fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes, las partes al no inferir que existan observaciones, se tendrá por modificada, aclarada o saneada la acusación en los términos precisados por el fiscal; en caso contrario, la resolverá el juez mediante resolución inimpugnable.

Cuando exista en autos una excepción o medio de defensa técnico, el juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda, declarando fundado o infundado el medio de defensa; contra la resolución que resuelve el mismo procede el recurso de apelación; la impugnación no suspende el procedimiento.

Asimismo, el sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del imputado o su defensa técnica o cuando concurran los supuestos ya analizados, requisitos que prevé el artículo 344°, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en la instalación de la etapa de juzgamiento nuevos medios de prueba.

Si en la audiencia de control de la acusación, existe en apreciación del juez que los hechos que contiene la acusación, no constituyen un injusto penal, aparecen indicios razonables o medios de prueba que evidencian de manera contundente que el acusado no participó en la comisión del delito objeto de acusación, o que la acción penal del delito ya prescribió; el juez, sin esperar que lo soliciten, tiene la facultad de disponer el sobreseimiento del caso.

Se admitirán los medios o elementos de prueba, ofrecidos por las partes, siempre y cuando la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor esclarecimiento del caso;

y, que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio oral.

El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. Esta exigencia debe cumplirse a cabalidad en cuanto a las testimoniales; caso contrario, los interrogatorios corren el riesgo de tornarse en tediosos e inútiles para los fines del proceso penal.

La resolución que se dicte, por ejemplo, denegando la admisión de algún medio de prueba no es recurrible. Este aspecto procesal también tiene su fundamento y explicación en el hecho que luego, en la instalación de la audiencia del juicio oral, la parte interesada en que el medio de prueba se actúe, tiene la posibilidad de volver a ofrecer su medio de prueba denegado. En esta oportunidad, dependiendo de los argumentos que exprese, es posible que sea admitido. La resolución sobre los acuerdos o convenciones probatorias, no es recurrible. En el auto de enjuiciamiento se indicarán de forma precisa y clara los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

La decisión sobre la actuación de prueba anticipada no es recurrible. Si se dispone su actuación, esta se realizará en acto aparte, conforme a lo dispuesto en el artículo 245°, sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento.

3.7. El auto de enjuiciamiento

Una vez que se han resuelto todas las cuestiones planteadas, el juez dictará el auto de enjuiciamiento. Este no es otra cosa que la resolución por la cual la autoridad jurisdiccional encargada de la etapa intermedia dispone que el caso pase al juzgamiento. La resolución, bajo sanción de nulidad, deberá contener todos los aspectos que hace mención el artículo 353° del NCPP:

- El nombre de los imputados y los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados.

- El delito o delitos materia de la acusación fiscal, con la indicación del texto legal, y si se hubiera planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias.
- Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias.
- La identificación de las partes constituidas en la causa.
- La orden de remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral.

El auto de enjuiciamiento se notificará al representante del Ministerio Público y a los demás sujetos procesales y dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación, el juez de la investigación preparatoria hará llegar al juez penal unipersonal o colegiado, según corresponda, la mencionada resolución y los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados.

3.8. Duración de la etapa intermedia

De la lectura del NCPP se tiene claro que esta etapa del proceso penal comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento o se dicta la resolución que declara el sobreseimiento del caso por parte de la autoridad jurisdiccional.

El legislador ha sido cauteloso en no poner plazo para su realización. El plazo razonable de esta etapa dependerá de la naturaleza jurídica del o los hechos punibles investigados, de la complejidad del caso, de los planteamientos que puedan efectuar las partes y del número de peticiones que realicen las partes en la audiencia preliminar. Por lo tanto, como atinadamente sostiene el maestro SÁNCHEZ VELARDE, el plazo de la etapa intermedia dependerá de la actuación judicial y fiscal con observancia al principio de celeridad procesal[62].

3.9. El principio de imputación necesaria en el nuevo proceso penal peruano

3.9.1. Introducción

La imputación necesaria en el proceso penal peruano, como principio garantista, mantiene diferentes niveles de reconocimiento dependien-

[62] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 119.

do de la etapa en la que aplique. Por ejemplo, en la etapa de diligencias preliminares, en la que no existe una imputación concreta, su reconocimiento es mínimo y por lo tanto su exigencia también; por ello, un citado no puede exigir cargos específicos o especificación de los elementos probatorios. Ello nos llevaría, en la práctica, a negar al citado algún pedido de acceso al expediente o copias de los actuados, por ejemplo.

En la etapa de investigación preparatoria formalizada, la situación varía, esta etapa sí exige una imputación concreta, así lo ha reconocido el NCPP en su prohibición de investigación contra los que resulten responsables, como sí se permitía en el ACPP de 1940. En la práctica, la concurrencia de una persona a esta etapa del proceso exigirá informarle las razones de su concurrencia, los elementos de convicción que sustentan la imputación en su contra, y obviamente su pleno acceso a la carpeta fiscal; lo contrario resultaría una vulneración al principio de imputación necesaria y, por tanto, su control por parte del juez de garantías (juez de investigación preparatoria).

Este reconocimiento puede ser comparado con una relación sentimental en la que la mujer exige del hombre una respuesta acerca de su situación sentimental con la pregunta: ¿qué somos? Aplicado al proceso, un citado tiene derecho a saber en condición de qué lo hace, lo contrario implicaría una vulneración al principio de imputación necesaria.

Ya en etapa intermedia, se requiere una imputación concreta, precisa y circunstanciada, que superando un control formal y material pueda ser pasible de discutir en un eventual juicio oral.

3.9.2. La garantía de la imputación necesaria

Desde el plano semántico, *imputar* significa atribuir la realización de una conducta (comisiva u o misiva) a una persona. En otras palabras, imputar es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto[63]. De ello surge que el va-

---

[63] Una bien detallada exposición de la teoría de la imputación, su evolución y estado actual en la dogmática penal, se encuentra en: PACHECO MANDUJANO, Luis Alberto, De las estructuras lógico-objetivas a la Teoría del Rol Social en el derecho penal, artículo publicado en la Revista Gaceta Penal & Procesal Penal, t. 54, Lima, diciembre de 2013 (una publicación del Grupo Gaceta Jurídica), pp. 298-305.

lor que se hace de la conducta será positivo o negativo, dependiendo de que si se infringe o no la norma impuesta (prohibición, mandato y permisión). La estructura valorativa expuesta en él es perfectamente aplicable en materia penal. En ellos, el comportamiento humano es siempre objeto de valoración normativa y de prueba. Por tanto, para realizar un correcto juicio de imputación, el *hecho* debe estar claramente determinado e individualizado y la prueba, por su idoneidad y legalidad, debe estar orientada a demostrarlo.

De esta manera, la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito, de modo suficiente por la autoridad, se adecúa a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalden.

Sentencia del Tribunal Constitucional

> Al respecto, en la STC N° 03987-2010- PHC/TC se ha señalado que «el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) la existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N° 8125-2005-PHC/TC); ii) la calificación jurídica (STC N° 06079-2008-PHC/TC); iii) la existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N° 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)».

CÁCERES JULCA sostiene que «la imputación es la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, con lenguaje descriptivo, referido al pasado, que permite afirmar o negar en cada caso o agregar otros hechos que conjuntamente con los afirmados, amplíen, excluyan o aminoren la significancia penal»[64].

Asimismo, CASTILLO ALVA indica que «el principio de imputación necesaria no solo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, o ante pluralidad de imputaciones o imputados, precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la distinción entre los autores que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional

[64] CÁCERES JULCA, Roberto, Hábeas corpus contra el auto apertorio de instrucción, t. 10, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 137.

y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio»[65].

Por otro lado, MAIER sostiene que:

> *La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal. (...) La imputación concreta no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que por el contrario debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento que se supone real con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y lo proporcione su materialidad concreta*[66].

De todo lo expresado por la doctrina, podemos entender que el principio de imputación necesaria debe entenderse como la atribución, más o menos fundada, a una persona de un acto presuntamente punible, sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia; es decir, la imputación define con toda precisión cuáles son los hechos que se le atribuye haber cometido al imputado, conforme a los tipos legales del Código Penal, es decir, la imputación debe ser definida y configurada para posibilitar el ejercicio real del derecho de defensa, materializando una resistencia idónea. Es el presupuesto necesario de la garantía del derecho de defensa, pues en efecto, no es posible materializar un contradictorio si no se tiene una imputación concreta. El imputado solo puede defenderse de una imputación definida.

La imputación necesaria es el punto trascendente para el ejercicio del derecho de defensa; sin una correcta descripción de los

---

[65] CASTILLO ALVA, José Luis, citado por José Nolasco VALENZUELA, en: Manual de Litigación en Delitos Gubernamentales, t. 2, ARA Editores, Lima, 2011.

[66] MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Editores del Puerto, vol. I, Buenos Aires, 2000, pp. 317-318.

hechos y sus circunstancias temporales, de modo y lugar no es posible precisar que existen las condiciones necesarias para que la persona imputada pueda defenderse adecuadamente, con lo cual se advierte una vulneración al debido proceso, al derecho de defensa y al principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales y fiscales.

3.9.3. La imputación necesaria y el contenido de la acusación en la etapa intermedia

La garantía de la determinación del hecho en la acusación está consagrada en el artículo 11°, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14°, inciso 3, parágrafo d, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8°, inciso 2, parágrafo d, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución Política de 1993.

La interpretación del artículo 92°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Ministerio Público y del artículo 349° del NCPP, a la luz de la Constitución de 1993, y los Tratados sobre Derechos Humanos, permite establecer cuál debe ser el contenido de la acusación.

Sostiene JAUCHEN que «no cualquier acusación es idónea para posibilitar una adecuada y eficaz defensa»[67], por ello, indica que «para acusar penalmente a la persona se le debe decir qué cosa ha hecho y por qué es un hecho punible»[68]. Si el principio se diluye se expone al ciudadano a la mayor arbitrariedad, por lo que el contenido de la acusación debe ser una relación clara, precisa y circunstanciada, del hecho.

De ello se entiende que la situación fáctica que el fiscal le atribuye al sujeto imputado debe estar claramente circunstanciada e identificada, es decir, como hecho ocurrido en el mundo, por ello resulta que la acusación correcta y garantizadora debe describir con la mayor minuciosidad posible todos los caracteres de modo, tiempo

---

[67] JAUCHEN, Eduardo, Derechos del imputado, RubinzalCulzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 369.

[68] SANCINETTI, Marcelo, La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 48.

y lugar de la acción u omisión objeto de la requisitoria, dado que el objeto de la acusación es una descripción completa, clara y suficiente del acontecimiento histórico, que necesariamente tiene que ser observado para que esta pueda cumplir su finalidad.

Por tales motivos, los requisitos de la acusación no responden a un ritualismo absurdo o a un exceso formal, son el medio para garantizar al imputado que pueda defenderse de los cargos formulados en su contra.

El autor argentino Eduardo J. JAUCHEN afirma que la exigencia de una acusación clara, precisa, específica y circunstanciada tiene por finalidad que el acusado tome conocimiento pormenorizado de cuál, cómo, dónde y de qué modo habría cometido el delito que se le atribuye.

Sin embargo, tales exigencias no se limitan solamente a los fundamentos fácticos, sino también a los fundamentos jurídicos; pues una acusación clara es un derecho, no del abogado, sino del acusado, un médico, un obrero, una ama de casa, un analfabeto, etc., que tiene derecho a saber por qué hecho lo acusan, cómo se han probado, qué delito constituyen, y por qué razones jurídicas se trata del delito que determina la pena que «pende sobre su cabeza».

La necesidad de individualizar todo lo antes mencionado en la acusación, constituye una garantía por los siguientes fundamentos:

- El derecho a la defensa.
- El derecho a un debido proceso.
- La identificación del objeto del proceso y de la cosa juzgada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, en la sentencia del 20 de junio del 2005, afirma que la debida acusación se determina en relación a la defensa, de allí que la requisitoria deba contener la descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos, así como la correspondiente calificación, se entiende, tipificación y propuesta de determinación de la pena (por qué a los hechos y argumentos se les solicita tal sanción penal).

La CIDH basa la doctrina de la debida acusación, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual lo podemos ver en los siguientes casos:

- En el *Caso Pélissier y Sassi vs. Francia; Caso Delcourt vs. Bélgica;* y en el *Caso Borisova vs. Bulgaria;* el TEDH establece «la necesidad de informar de la acusación al acusado para que con ello se articule la posibilidad concreta del derecho de defensa». Esa necesidad de informar de la acusación alcanza no solo a los hechos, sino que también al Derecho.
- En el *Caso Sassi vs. Francia,* el problema estuvo referido a la hipótesis de autoría y complicidad: ¿puede el juez pasar de autoría a complicidad o viceversa? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dice que no, puesto que detrás del cambio de forma de participación (de calificación jurídica) se halla un hecho distinto. La modificación de la calificación constituiría una forma de introducción de un hecho distinto del contenido en la acusación, se afirma en la sentencia.
- En STEDH del 24 de junio del 2003, *Caso Dowsett vs. el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* y en la STEDH del 22 de julio del 2003, *Caso Edwards y Lewis vs. el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte;* se afirma que dentro del derecho a un juicio justo es fundamental la contradicción y la igualdad de armas, que significa que el fiscal y la defensa deben tener la oportunidad de conocer y argumentar las alegaciones y pruebas aportadas por la otra parte.

Tenemos entonces que el respeto a la garantía de la imputación necesaria importa que la acusación detalle de manera clara, precisa y circunstanciada, los hechos materia de acusación.

El control formal de la acusación garantiza su legalidad; por eso también se le conoce como «control de legalidad».

3.9.4. Elementos del principio de imputación necesaria

James REÁTEGUI sostiene que si se trata de ser metodológicos, «existen tres requisitos que mínimamente deben cumplirse para la

observancia del principio de imputación suficiente en la fundamentación de la imputación fiscal, requisitos desde el punto de vista fáctico, requisitos desde el punto de vista lingüístico y requisitos desde el punto de vista jurídico»[69].

a) **Requisitos fácticos:** exigen un relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a un apersona, debido a que el cumplimiento del principio de imputación necesaria pasa por respetar lo más escrupulosamente posible los elementos estructurales del tipo penal. Por lo tanto, debe cumplirse con las exigencias del tipo objetivo, describiéndose sus elementos como la precisión del:

- Autor o partícipe.
- Comportamiento (acción u omisión).
- Resultado (lesión o puesta en peligro).
- La relación de causalidad o imputación objetiva, cuando sea posible establecerla.
- Elementos subjetivos del tipo penal, ya sea dolo, culpa o algún otro elemento subjetivo especial del tipo.

b) Requisitos lingüísticos: Castillo Alva nos dice que «la imputación debe ser formulada en lenguaje claro, sencillo y entendible, sabiendo que si bien constituye un trabajo técnico jurídico, está dirigida y va a ser conocida por los ciudadanos contra quienes se dirige la imputación, ciudadanos que pueden ser desde un notable funcionario hasta un vil delincuente iletrado, pasando por una humilde persona que puede ser incluso hasta analfabeta»[70].

c) Requisitos normativos: el requisito normativo del principio de imputación necesaria demanda los siguientes elementos:

- Que se describan o enuncien de manera precisa la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia.

---

[69] Reátegui Sánchez, James, El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal, Palestra Editores, Lima, 2008, p. 80.

[70] Castillo Alva, José Luis, *op. cit.*

- Que en caso pluralidad de imputaciones o de imputados se determine cada hecho y su correspondiente calificación jurídica.
- Que en caso de pluralidad de imputados se describa de manera adecuada cada una de las acciones con presunta relevancia penal y su correspondiente nivel de intervención, ya sea como autor o partícipe.

3.9.5. El principio de imputación necesaria en el nuevo Código Procesal Penal

Este principio manifiesta diferentes funciones en cada una de las etapas del nuevo proceso que orientan la actividad de los sujetos procesales; marcando así el punto de referencia necesario que define y delimita el objeto de cada una de las etapas del proceso penal.

Siguiendo el orden del proceso penal tenemos entonces que:

- En las diligencias preliminares se tiene como objeto definir los contornos de la imputación concreta y para ello se tiene por finalidad realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión. Su objeto es definir la estructura de la imputación concreta: el hecho, la calificación jurídica y los medios de convicción. Si concurren estos tres componentes se tendrá una imputación concreta, y correspondería formalizar y continuar con la investigación preparatoria.
- En la investigación preparatoria, la imputación concreta determina el objeto de la investigación y la finalidad, por consiguiente, la pertinencia y utilidad de los actos de investigación propuestos por las partes para el esclarecimiento de los hechos. Es sobre la base de la imputación en la parte que se pueden controlar la imputación y los medios de defensa, además de ofrecer la realización de actos de investigación para deslindar la imputación. Si no se tiene definida la imputación esta etapa degenera en una reproducción de ritualismos sin finalidad; una investigación cie-

ga, sorda, torpe e inhumana siempre exacerba un latente autoritarismo de sus operadores[71].

- En la etapa intermedia se realizará un exhaustivo control de la imputación, se verificará su base fáctica, la calificación jurídica y los elementos de convicción suficientes para decidir el enjuiciamiento del imputado, dado que esta es una etapa reflexiva en cuanto a los elementos formales y sustancias que conforman la acusación fiscal con miras hacia la preparación de un posible juicio oral.
- En el juicio oral, de entrada, la imputación concreta en el objeto del proceso; y, con la resistencia, el objeto del debate. Sobre este desarrolla el contradictorio de toda la actividad probatoria. Sirve como parámetro de pertinencia, conducencia y utilidad en la dirección judicial del debate y pauta para la litigación oral de los adversarios. Finalmente, en la etapa decisoria, la imputación concreta es elemento de referencia para verificar el principio de congruencia procesal entre la acusación y la sentencia. En efecto, la terminación completa de la imputación de un hecho punible a presentar de manera decidida los fundamentos de hecho y derecho con los que el juez justifica sus decisiones.

De lo esbozado, tenemos entonces que, durante el desarrollo del proceso penal, la imputación pasa por diversas etapas, en donde inicialmente no se tiene un título exacto de imputación, y dependerá de los actos de investigación para acercarnos más hacia la correcta denominación de esta. Acto seguido, en la *etapa intermedia*, donde se efectúa el ejercicio pleno de la acción penal mediante la acusación, se tiene ya un título de imputación preciso para quienes intervienen en un hecho penalmente relevante, y lo que se busca en esta fase procesal es una evaluación y reflexión, formal y sustancial, del contenido de la acusación fiscal, para determinar si es necesario definir el proceso en la etapa de juzgamiento, en la cual se valorará

---

[71] CHOQUECAHUAAYNA, Alex Francisco, «El principio de imputación necesaria»: una aproximación conceptual, analítica, jurisprudencial y crítica en el nuevo modelo procesal penal peruano», en *Derecho y Cambio Social*,Año XI, N° 35, Lima, 2014. Versión en línea: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista035/EL_PRINCIPIO_DE_IMPUTACION_NECESARIA.pdf>.

la prueba y emitirá la sentencia correspondiente en función a ello. Como señala el Tribunal Constitucional, la imputación es como un embrión en formación que va en aumento, va creciendo a medida que la investigación va avanzando.

3.9.6. Conclusiones

- El principio de imputación necesaria, imputación concreta o principio de imputación suficiente es una garantía procesal penal de base constitucional, vinculado con el principio de legalidad y el derecho de defensa del imputado, que el representante del Ministerio Público debe resguardar cautelosamente.
- La imputación concreta debe ser definida y configurada para posibilitar el ejercicio real del Derecho de Defensa, materializando una resistencia idónea. Si ella se vulnera también se lesiona el Derecho de Defensa.
- La imputación concreta debe ser definida y configurada para posibilitar el ejercicio real del Derecho de Defensa, materializando una resistencia idónea. Si ella se vulnera, también se lesiona el Derecho de Defensa.
- La imputación concreta pero aún no definitiva debe observancia durante toda la investigación fiscal. La Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria debe cumplir con los requisitos fácticos, jurídicos y lingüísticos.
- La imputación a lo largo del proceso penal posee diferentes manifestaciones, dependiendo de la etapa procesal frente a la que nos encontremos, dentro de la cual busca cumplir su función de garantía procesal a fin de mantener un debido proceso.
- Una imputación completa y definitiva solamente puede apreciarse en la acusación, cuando la investigación concluyó. Antes de eso, en la formalización de investigación preparatoria y cuando se apertura o inicia diligencias preliminares la imputación aún está en formación, por ello es más genérica.

IV

La problemática en torno a la función del juez de investigación preparatoria en la etapa intermedia

Sus implicancias en la etapa de juzgamiento a la luz del nuevo Código Procesal Penal de 2004

4.1. Introducción

Frente a un modo de enjuiciamiento, caracterizado por la amplitud de poderes del juez, en determinados momentos de la historia llegó a encontrarse el ejercicio de la función acusatoria, en donde debía contemplarse necesariamente aquel estadio del procedimiento donde se verifica la consistencia del *ius persequendi*.

Respecto a la construcción jurídica que es el proceso penal como instrumento de aplicación del *ius puniendi*, se ha sostenido que la principal cuestión a resolver para su correcta organización se encuentra en la necesidad de conciliar intereses contrapuestos, pues junto con el interés del imputado que debe tutelarse mediante las necesarias garantías para su defensa, con el fin de impedir condenas injustas, se encuentra el interés de la sociedad en obtener una resolución jurídica que restablezca la paz conforme a Derecho.

Para satisfacer esos intereses, la justicia penal se vale del juicio de acusación, pues en él se decide si debe o no darse paso a la celebración de juicio oral. Dicha decisión deberá adoptarse en función a lo recopilado en la investigación preparatoria, la cual deberá ser evaluada para dilucidar si contiene o no la suficiente idoneidad para ejercitar la acción penal.

Es por ello, que el NCPP de 2004 ha incorporado a la etapa intermedia como una etapa de control judicial sobre el fundamento de la acción penal ejercitada por el Ministerio Público, en donde se realiza un juicio de acusación a fin de preparar el juicio de forma conveniente de modo que solo se pueda llegar a este después de realizarse una actividad responsable por parte del juez.

Frente a esta fase propuesta por el NCPP de 2004 se han presentado algunas dudas, críticas y propuestas para una mejor práctica de la misma, teniendo en cuenta siempre el óptimo desarrollo del proceso penal, bajo los principios y fundamentos que le anteceden.

4.2. Nociones fundamentales

Antes de abarcar el problema, materia del presente cuestionamiento, es preciso abordar algunas consideraciones con respecto a la etapa intermedia contemplada en el NCPP, la cual, es una etapa procedimental, situada entre la *investigación preparatoria* y el *juzgamiento*, y cuya función esencial es determinar si concurren o no los presupuestos para la apertura del juicio oral. El profesor ROSAS YATACO, la define como «una especie de saneamiento y evaluación de todo el material probatorio reunido en la etapa de investigación preparatoria»[72].

Por ello es necesario, para los fines del presente trabajo, tener en cuenta algunos alcances dados por la norma y la doctrina.

4.3. La etapa intermedia: algunas consideraciones

4.3.1. Concepto

CLARIÁ OLMEDO, sostiene que «'intermedio' es una denominación más descriptiva que conceptual, puesto que hace referencia a una etapa procesal que se sitúa luego de la instrucción y antes del procedimiento principal. Esta etapa es el momento de la 'crítica instructoria' porque la tarea a desempeñarse durante ella es de naturaleza eminentemente crítica en posición a la investigativa donde predomina la labor práctica»[73].

---

[72] ROSAS YATACO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Instituto Pacífico, Lima, 2013, p. 631.

[73] CLARIÁ OLMEDO, Jorge, Derecho Procesal Penal, Depalma, Buenos Aires, 1982.

El profesor GÓMEZ COLOMER, señala que «un sector doctrinario, a su vez mayoritario, entiende que la fase intermedia comprende: a) las actuaciones realizadas ante la audiencia provincial referentes al auto de conclusión del sumario dictado por el juez instructor y b) las actuaciones referente a la procedencia del sobreseimiento o apertura del juicio oral»[74].

SAN MARTÍN CASTRO, por su parte, indica que «la etapa intermedia tiene por objeto revisar y valorar los resultados de la instrucción, examinando la fundamentación de la acusación y resolviendo sobre el reconocimiento de la pretensión penal, con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio»[75].

ORÉ GUARDIA, también considera la existencia de la fase intermedia en el proceso penal ordinario, conceptuándolo como el «nexo jurídico procesal que une la primera y segunda etapa»[76].

MIXÁN MASS define a esta etapa como «actos preparatorios de la acusación y la audiencia» que sirven para establecer si se pasa o no a la etapa del juzgamiento oral»[77].

De todo lo esbozado podemos entender que la etapa intermedia es un conjunto de actos que abarcan desde el requerimiento de sobreseimiento por parte del Ministerio Público o la formulación de la Acusación Fiscal; hasta la resolución que decide el sobreseimiento o la apertura del juicio oral (auto de enjuiciamiento). La etapa intermedia, entonces, tiene por finalidad preparar tránsito de la investigación preparatoria a la etapa del juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso. Para que el juicio oral sea exitoso, debe ser preparado en forma mesurada y responsable, realizando un control destinado a sanear los vicios sustanciales y formales de la acusación del Fiscal, todo ello durante la audiencia preliminar, lo que significa que exista una causa probable, para poder pasar a la etapa de juzgamiento.

---

74 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, Anotaciones introductorias sobre el proceso penal español, en: ROXIN, Claus, Introducción al Derecho Penal y Procesal Penal, Ariel, Barcelona, 1989, p. 253.

75 SAN MARTÍN CASTRO, César, op. cit., p. 607.

76 ORÉ GUARDIA, Arsenio, Manual de Derecho Procesal Penal, Alternativas, Lima, 1996, p. 317.

77 MIXÁN MASS, Florencio, Derecho Procesal Penal: Juicio Oral, BLG, Trujillo, 1996, p. 119.

La fase intermedia, por tanto, cumple una función de discusión o debate preliminar sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación. El imputado y su defensor podrán objetar la acusación porque carece de suficiente fundamento y se pretende someter a juicio a una persona sin contar con los elementos necesarios para poder probar esa acusación. También pueden objetar que el hecho descrito en la acusación no constituye delito o que comporta un delito distinto del considerado en ese requerimiento.

RECUERDA

La etapa intermedia es un conjunto de actos que abarcan desde el requerimiento de sobreseimiento por parte del Ministerio Público o la formulación de la Acusación Fiscal hasta la resolución que decide el sobreseimiento o la apertura del juicio oral (auto de enjuiciamiento). La etapa intermedia, entonces, tiene por finalidad preparar tránsito de la investigación preparatoria a la etapa del juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso.

4.3.2. El juez de la investigación preparatoria en la dirección de la etapa intermedia

Dicho control sustancial del que se viene explicando se encuentra a cargo del juez de investigación preparatoria, el cual tiene por función primordial, en palabras de ROSAS YATACO, la de «realizar un control sobre la actuación de la investigación preparatoria y dilucidar si concurren o no los presupuestos para pasar a juicio oral, esto es, si se ha acreditado suficientemente, a lo largo de la investigación preparatoria, la existencia de un hecho punible y si se ha determinado a su presunto autor. De no ser el caso, ya sea porque el hecho no reúne los elementos del tipo penal, faltan determinados presupuestos o concurren determinadas causas de extinción de la responsabilidad penal, procederá al sobreseimiento de la causa»[78].

Según el contenido del NCPP de 2004, la etapa intermedia se caracteriza porque es dirigida por el juez de la investigación preparatoria y se funda en la idea de que los juicios deben ser previamente preparados, a fin de que lleguen a ellos solo los conflictos

[78] ROSAS YATACO, Jorge, op. cit., p. 632.

realmente relevantes. Por eso, en esta etapa se evalúa la investigación preparatoria y culmina en la decisión judicial que se opte; o expedir la resolución de sobreseimiento, o continuar el proceso (la acusación fiscal, el desarrollo de la audiencia preliminar y el auto de enjuiciamiento).

Siendo así, el juez de la investigación preparatoria durante la etapa intermedia garantiza, en beneficio del principio genérico de presunción de inocencia, que la decisión de someter a juicio oral al acusado no sea apresurada, superficial ni arbitraria. Sus objetivos se dirigen a evitar que lleguen al juzgamiento casos insignificantes o lo que es peor, casos con acusaciones inconsistentes por no tener suficientes elementos de convicción, que hacen inviable un juicio exitoso para el Ministerio Público. Este aspecto, la doctrina, lo denomina como «justificación política». Se pretende evitar la realización de juicios orales originados por acusaciones con defectos formales o fundamentadas en forma indebida.

4.3.3. Decisiones judiciales en la etapa intermedia

Luego que concluye la audiencia de control de la acusación y se resuelven los requerimientos efectuados por los demás sujetos procesales, el juez podrá proceder del modo siguiente:

a) Resuelve inmediatamente todas las cuestiones planteadas

No obstante, por cuestiones de tiempo, como puede ser la hora avanzada, por ejemplo, o la complejidad de los asuntos por resolver, el juez puede diferir la emisión de su resolución hasta por cuarenta y ocho horas después. Este término es improrrogable. Si la resolución se difiere, la decisión simplemente se notificará a las partes. Resulta ocioso hacer que concurran al lugar de la audiencia para que simplemente se les notifique lo resuelto por el Juez.

b) Devolución de la acusación por defectos

Si luego del debate se pone en evidencia que la acusación tiene defectos que requieren un nuevo análisis de parte del Fiscal, suspendiendo la audiencia por cinco días, el Juez dispondrá la devolución de la acusación para efectos que se la corrija. Corregida la acusación y entregada al Juez, la audiencia se reanudará. En los casos que la corrección no requiera nuevo análisis, el Fiscal, en la misma

audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificada, aclarada o saneada la acusación en los términos precisados por el fiscal; en caso contrario, la resolverá el Juez mediante resolución inapelable.

c) Admitir medios de defensa

De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución, procede el recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento.

d) Dictar auto de sobreseimiento

El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los supuestos ya analizados, requisitos que prevé el artículo 344°, inciso 2, del NCPP; siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba.

Asimismo, si aparecen en la audiencia evidencian que los hechos por los cuales se acusó no constituye delito o, aparecen indicios razonables o medios de prueba que evidencian de manera contundente que el acusado no participó en la comisión del delito objeto de acusación, o peor, que la acción penal del delito que prescribió, el juez sin esperar que lo soliciten tiene la facultad de disponer el sobreseimiento del caso.

En otro extremo, la resolución que desestima el sobreseimiento solicitado por el imputado o su abogado defensor, no es apelable prosiguiendo la audiencia según su estado. El que no sea recurrible la desestimación del sobreseimiento se fundamenta en el hecho que el imputado tiene su oportunidad trascendental de probar su inocencia que alega en el juicio oral.

e) Admitir medios o elementos de prueba ofrecidos por las partes

Ello será posible siempre y cuando:

- La petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor esclarecimiento del caso.

- Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio oral.

f) La resolución sobre los acuerdos o convenciones probatorias

En el auto de enjuiciamiento se indicarán de forma precisa y clara los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

4.3.4. Finalidad de la etapa intermedia

La importancia de esta fase no es otra que evitar juicios innecesarios, bien por suficiente fundamento de la acusación, o bien por falta de los presupuestos exigibles para la apertura del juicio oral. Pero si bien el juicio de acusación es su característica principal, no es la única, ya que, en términos de ORTEGO PÉREZ, «esta fase se proyecta en una doble dimensión, precisamente por ese carácter bifronte, la fase intermedia del procedimiento ordinario no constituye un mero tránsito hacia el juicio oral, pues cumple tanto una función retrospectiva»[79].

En ese sentido, en la etapa intermedia podemos advertir dos tipos de finalidades:

a) Finalidades principales: las cuales están referidas al examen sustancial por parte del juez, en donde deberá:

- Dilucidar si concurren los presupuestos del juicio oral, esto es, si se ha acreditado la existencia de un hecho punible y se ha determinado a su presunto autor.
- Realizar el juicio de acusación: es decir, depurar la denuncia para evitar que los inculpados, cuya inocencia esté evidenciada en lo actuado, puedan ser acusados, cuando inevitablemente el juez habrá de pronunciar una sentencia absolutoria.

b) Finalidades accesorias: en ese mismo sentido, GIMENO SENDRA, señala que la etapa intermedia tiene finalidades accesorias, tales como:

---

[79] ORTEGO PÉREZ, Francisco, El Juicio de acusación, Atelier, Barcelona, 2007, p. 142.

- Depuración del procedimiento: destinada a resolver, con carácter previo, la existencia o no de presupuestos procesales, excepciones, cuestiones previas y prejudiciales y cuestiones de competencia.
- Complementación del material instructorio: destinada a dilucidar si la instrucción se encuentra debidamente agotada o no, en cuyo caso se dispondrá la concesión de un plazo ampliatorio para la actuación de nuevas diligencias, siempre que el fiscal así lo requiera.
- Complementación de la imputación, destinada a posibilitar que el fiscal superior proponga la investigación de otro delito, que fluye de la denuncia o de la instrucción, o que se comprenda a otras personas en los hechos delictivos investigados. En ambos supuestos, el juez dispondrá si está de acuerdo con hacer la ampliación del plazo instructorio[80].

FINALIDADES DE LA ETAPA INTERMEDIA
Finalidades principales
- Dilucidar si concurren los presupuestos del juicio oral. - Realizar el juicio de acusación.

4.3.5. La problemática de la etapa intermedia en la práctica procesal peruana

Habiendo hecho un análisis breve del fundamento, el rol de juez y la finalidad de la etapa intermedia en el NCPP de 2004, cabe afirmar que este estadio procesal conlleva a un análisis de elementos formales y sustanciales que permitan conducir o no a una causa penal hacia la etapa de juzgamiento, puesto que ella constituye un «filtro de consistencia del derecho de acusar».

Sin embargo, es objeto de crítica hoy en día, el escaso criterio al momento de realizar dicho análisis del que la dogmática ha venido refiriendo acerca de esta fase. Ello es posible advertirse al momento

[80] GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2007, p. 324.

que conocemos de causas que pasan por este filtro, y que a pesar de no ser viables para llegar a la etapa de juzgamiento, terminan apareciendo en este, lo cual nos lleva a cuestionarnos acerca de la buena *praxis* de los operadores jurídicos con respecto a la razón de ser y funciones de la etapa intermedia, toda vez que para que el juicio oral sea exitoso, debe ser preparado en forma mesurada y responsable, realizando un control destinado a sanear los vicios sustanciales y formales de la acusación del fiscal, el cual se encuentra dirigido por el Juez de investigación preparatoria, el cual debe fundarse en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable.

Pese a ello, es apremiante la gran cantidad de procesos ventilados bajo esta etapa, en donde dicho análisis no ha sido realizado de manera consciente y razonable por parte del juez, lo cual evidentemente conlleva a una etapa de juzgamiento innecesaria, generando así mayores trabas al progreso de la economía procesal y peor aún, vulnerando indiscutiblemente las garantías y derechos del imputado.

Es por ello, que coincidimos con el profesor ROSAS YATACO al considerar que en la etapa intermedia «estamos frente a una bisagra capaz de controlar el resultado de la investigación penal, y que además puede cumplir el propósito de potenciar la eficacia del juicio oral»[81], sin embargo, esta etapa se viene convirtiendo en un cuello de botella, debido a que el resultado de esta fase no está cumpliendo con sus fines, y por ello es necesario hacer una reingeniería para evitar que dichas cargas, producto de esta mala práctica procesal, se pueda ir mejorando.

Por ello, sostenemos como propuesta a la problemática del filtro en la etapa intermedia con respecto a la posterior realización del juicio oral, que el personaje idóneo para la labor reflexiva en la etapa intermedia se encuentre en manos del juez de juzgamiento, puesto que será él quien se encuentra plenamente interesado en realizar una correcta valoración de la prueba, a fin de formarse una adecuada convicción sobre los hechos materia de imputación que decida el sentido de su posterior fallo.

---

[81] ROSAS YATACO, Jorge, op. cit., p. 634.

Señala BINDER que el juicio oral «es la etapa principal y más importante del proceso penal, sea que es allí donde se resuelve o redefine, de un modo definitivo, el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal, o porque en esta etapa, a través de la audiencia pública, se debaten oralmente por las partes no solo los hechos sino las pruebas aportadas para decidir de fondo sobre la responsabilidad del procesado, es decir, si se absuelve o se condena»[82].

Lo cierto es que el juicio oral, siendo la etapa final del proceso penal ordinario, depende de la etapa intermedia para tener un final exitoso, pues en ella se concluye con la expedición de una sentencia. Por ello, lo relevante de esta última fase es la calidad de los resultados probatorios obtenidos, pues de lo que se trata es que a través de la prueba actuada en juicio el juez adquiera un convencimiento sobre la veracidad o no de los hechos enunciados como cargos en la acusación.

Por tal, la etapa intermedia debe garantizar, en beneficio del principio genérico de presunción de inocencia, que la decisión de someter a juicio oral al acusado no sea apresurada, superficial ni arbitraria.

Siendo así el escenario, consideramos que siendo el juez de juzgamiento el principal interesado en garantizar una correcta decisión, teniendo como referencia el buen desarrollo de las etapas posteriores del proceso, sea este quien deba avocarse a conducir la etapa intermedia, dado que velará con mayor precaución el cumplimiento de elementos formales y sustanciales que conduzcan a una acusación penal hacia la fase última del proceso que es el juzgamiento. Es un mito creer que de hacerlo se contamina o adelanta criterio.

Consideramos que en el proceso común debe utilizarse la fórmula del proceso inmediato, es decir, que el juez del juzgamiento haga el control de acusación.

4.3.6. Conclusiones

- La etapa intermedia se inicia una vez concluida la investigación preparatoria y formulada la acusación o solicitado el

[82] BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 346.

sobreseimiento, hasta que se dicte el respectivo auto de enjuiciamiento o sobreseimiento.

- La etapa intermedia garantiza el filtro efectuado por un imparcial, quien va a tomar la decisión respecto de que causa que se somete a juicio oral no sea, superficial ni arbitraria.
- Esta fase del proceso penal se dirige entonces, a evitar que lleguen al juzgamiento casos con acusaciones inconsistentes, por no tener suficientes elementos de convicción que hacen inviable un juicio exitoso para el Ministerio Público, con ello se pretende evitar la realización de juicios orales con acusaciones con defectos formales o fundamentadas en forma indebida.
- La existencia de una etapa intermedia tiene su fundamento en el hecho de que para abrir el juicio oral y público, que es en esencia la etapa de contradicción o debate, debe ser preparada en forma mesurada y responsable, realizando un control destinado a sanear los vicios formales de la acusación del Ministerio Público y la del querellante, todo ello durante la audiencia preliminar.
- El juez de la etapa de la investigación preparatoria es quien se encuentra a cargo de la etapa intermedia, siendo su función primordial realizar un control destinado a sanear los vicios sustanciales y formales de la acusación del Fiscal, todo ello durante la audiencia preliminar, lo que significa que exista una causa probable, para poder pasar a la etapa de juzgamiento.
- Es posible verificar en la práctica procesal que el desarrollo de la etapa intermedia no concuerda con el fundamento analítico de la misma, siendo visible la constante cantidad de causas que pasan hacia el juzgamiento, debiendo haber sido resueltas en la etapa posterior. Ello debido a la poca previsión del juez de investigación preparatoria en la preparación del juicio oral.
- Por ello, el presente trabajo propone la realización de la etapa intermedia, teniendo bajo el control del juez de juzgamiento, por considerar que resulta este quien mayor

interés tiene en el correcto desarrollo de la etapa posterior que conlleva al fin del proceso penal.

- Es erróneo creer que encargar al juez de juzgamiento la dirección de la etapa intermedia lo pueda contaminar.

V
ETAPA DE JUZGAMIENTO

5.1. Introducción

El juzgamiento es la etapa principal del proceso. Se realiza dándose cumplimiento a todas las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú. El medio de comunicación que se emplea en el juzgamiento es la oralidad, que facilita la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. La audiencia se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.

5.2. Principales principios que sustentan la etapa de juzgamiento

5.2.1. El principio de contradicción

Es tal vez el principio más importante que establece el NCPP para el juzgamiento, lo reconoce expresamente el Título Preliminar y el artículo 356° del mismo NCPP. Consiste en la facultad de control de la actividad procesal de la contraparte o parte adversa, mediante la articulación de oposiciones que generan incidentes sobre diversas cuestiones de actuación probatoria. La articulación de este principio es medular y activo en todo el proceso penal acusatorio, pero especialmente se manifiesta en la etapa de juzgamiento ante la producción probatoria, bajo la premisa de la confrontación. El juzgamiento es un escenario donde se lleva información al Juez, uti-

lizando para ello las fuentes de prueba (testigos, peritos, documentos y objetos); dichas fuentes de prueba son traídas por las partes, pero la información que proporcionan no será de calidad, si se omite la contradicción, que es un control de calidad de la información.

La articulación del principio de contradicción en la etapa de juzgamiento se va a ver efectuada en la realidad, mediante la metodología de las Técnicas de Litigación Oral; mediante estas técnicas de producción probatoria, los litigantes producirán evidencia que confirme sus proposiciones fácticas de su *Teoría del Caso*. El *contrainterrogatorio*, las objeciones, etc., son manifestaciones del principio de contradicción.

La etapa de juzgamiento se constituye como el medio formal de disputa, en donde va a coexistir una contraposición de los argumentos formulados en el alegato inicial del fiscal (resumen de su acusación y evidencia que sustentara la misma) y los alegatos iniciales de la defensa técnica del acusado.

El principio de contradicción rige todo el debate donde se enfrentan intereses contrapuestos y se encuentra presente a lo largo del juicio oral, lo cual permite que las partes tengan principalmente:

- El derecho a actuar medios de pruebas.
- El derecho a controlar la producción de prueba de la parte adversa, mediante la utilización de objeciones que generan incidentes, y teniéndose la facultad de contraexaminar.

La contradicción genera que la prueba producida sea de calidad; es decir, mediante la contradicción, en el escenario del contraexamen, por ejemplo, se va a efectuar un test de calidad de la prueba, si pasa este test de calidad, se instituirá como una prueba de calidad que deberá sustentar con validez alguna presunción fáctica.

Los testigos y peritos, e incluso el procesado, cuando declaren en el juicio y proporcionen su información al juez, deberán ser sometidos al contradictorio a través del *contraexamen*.

5.2.2. El principio de igualdad de armas procesales

El nuevo sistema procesal penal acusatorio con rasgos adversariales, es diametralmente antagónico al sistema inquisitivo,

que acoge el antiguo sistema normativo el sistema procesal acusatorio, se condice con un sistema republicano y con la vigencia del Estado de Derecho, está regido por sólidos principios, conforme a lo que está expresamente previsto en el artículo I del Título Preliminar del NCPP:

Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio... Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la constitución en este Código. Los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

Se deben reconocer a las partes los mismos medios de ataque y defensa; es decir, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

Este principio es esencial en un sistema acusatorio adversarial, cuyo desarrollo depende las partes y en el que la imparcialidad del juez está garantizada; aquí se nota con nitidez la neutralidad e imparcialidad, al punto que no puede disponer de oficio la realización del proceso, ni la realización de pruebas, salvo las excepciones previstas en la ley.

5.2.3. Principio de inviolabilidad del derecho de defensa

Este principio está amparado en el artículo 139°, inciso 14, de la Carta Política del Estado: «(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso», por otro lado, toda persona será informada inmediatamente a través de forma oral y escrito de las causas o razones de su detención y tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este, desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

En este mismo orden de ideas, el artículo IX del Título Preliminar del nuevo ordenamiento adjetivo señala 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 formula 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». Con ello, el sistema procesal garantiza el derecho a contar con un abogado defensor, un

letrado, que ejerza la defensa técnica, asimismo, el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.

5.2.4. Principio de publicidad del juicio

Se fundamenta en el deber de que asume el Estado de efectuar un juzgamiento transparente, esto es facilitar que la nación conozca por qué, cómo, con qué pruebas, quiénes, etc., realizan el juzgamiento de un acusado. El principio de publicidad está garantizado por el inciso 4 del artículo 139° de la Constitución Política, por los tratados internacionales, el inciso 2 del artículo I del Título Preliminar y el artículo 356° del NCPP en donde se señala: «(...) rigen especialmente la oralidad, **la publicidad**, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria (...)».

Este principio se instituye como uno de vital importancia. Es una forma de control de la sociedad en la etapa de juzgamiento, ello no quiere decir que en las audiencias previas, se instituye la publicidad, consiste en garantizar el acceso a la sociedad, al ciudadano el poder presenciar el desarrollo del debate y en consecuencia de controlar la actividad de las autoridades que administran justicia, siendo así, una garantía para el imputado que se ve violentado por el *iuspuniendi* estatal.

Respecto a este principio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. 8-12-83) ha señalado:

> *La función política de control del poder judicial que cumplen los particulares, a través de su presencia en un acto judicial público, consiste, precisamente, en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan la tarea de administrar justicia.*

Existen excepciones, al principio de publicidad, como lo señala taxativamente el artículo 357°:

1. El juicio oral será público. No obstante ello, el juzgado mediante auto especialmente motivado podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado, en los siguientes casos:

a) Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio.

b) Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional.

c) Cuando se afecte los intereses de la justicia o, enunciativamente, peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia.

d) Cuando esté previsto en una norma específica.

2. El Juzgado también podrá disponer, individual o concurrentemente, con sujeción al principio de proporcionalidad, las siguientes medidas:

a) Prohibir el acceso u ordenar la salida de determinadas personas de la Sala de Audiencias cuando afecten el orden y el decoro del juicio.

b) Reducir, en ejercicio de su facultad disciplinaria, el acceso de público a un número determinado de personas, o, por las razones fijadas en el inciso anterior, ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas.

c) 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 considere que su utilización puede perjudicar los intereses de la justicia y, en especial, el derecho de las partes.

3. Desaparecida la causa que motivó la privacidad del juicio se permitirá el reingreso del público a la Sala de Audiencias. El juzgado, con criterio discrecional, podrá imponer a los participantes en el juicio el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaren o conocieren.

4. Los juicios sobre funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a derechos fundamentales garantizados por la Constitución son siempre públicos.

5. La sentencia será siempre pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario.

5.2.5. Principio de unidad y concentración

La etapa de juzgamiento en su desarrollo se observa en los principios de continuidad del juzgamiento y concentración de los actos del juicio, además tiene carácter unitario.

La audiencia se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. Las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión y de lo dispuesto en el artículo 360°, en lo referente a continuidad, suspensión e interrupción del juicio, después de la instalación de la audiencia, esta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión.

La audiencia solo podrá suspenderse de forma excepcional por:

- Por razones de enfermedad del Juez, del Fiscal, del imputado o su defensor.
- Por razones de fuerza mayor o caso fortuito.
- Cuando este Código lo disponga.

La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles, superado el impedimento, la audiencia continuará, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente, siempre que este no dure más del plazo fijado inicialmente. Cuando la suspensión dure más de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.

Por otro lado, si en la misma localidad se halla enfermo un testigo o un perito cuyo examen se considera de trascendental importancia, el Juzgado puede suspender la audiencia para constituirse en su domicilio o centro de salud, y examinarlo. A esta declaración concurrirán el Juzgado y las partes. Las declaraciones, en esos ca-

sos, se tomarán literalmente, sin perjuicio de filmarse o grabarse. De ser posible, el Juzgado utilizará el método de videoconferencia.

5.3. El juicio oral y su importancia en el nuevo proceso penal

El modelo acusatorio con rasgos adversativos, expresado en el NCPP establece en su artículo 356° que el juicio es la etapa principal del proceso penal común y ello obedece, que el juzgamiento, tiene como referentes normativos a la Constitución de 1979 (artículo 233°), Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.1°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14.1°).

Por otro lado, el nuevo código adjetivo, en su artículo 356°, es el escenario apropiado para la contraposición legítima y transparente de la pretensión punitiva del Ministerio Público y la pretensión de defensa o libertaria del imputado y su patrocinador, ámbito, además, en que estos sujetos procesales actúan la prueba pertinente para producir información de calidad que, valorada por el tercero imparcial, esto es, por el órgano jurisdiccional, constituido por los juzgados penales unipersonales o colegiados (artículos V.1 del TP y 28 del NCPP); soporte el fallo de absolución o condena, puesto que toda sentencia habrá de sustentarse solo en lo actuado en juicio, bajo estricta inmediación.

Se debe realizar sobre la base de una acusación que le corresponde al Ministerio Público sustentar, bajo el principio de contradicción en la actuación probatoria, es la etapa estelar porque en ella se va a producir la prueba y definir la controversia jurídica, las *Teorías del Caso* en disputa van a converger, estas dos tesis que se enfrentan serán absueltas mediante la convicción, a través de la sentencia.

La oralidad como afirma el profesor argentino Alberto BINDER, es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal porque permite preservar la inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial. La oralidad es un instrumento, un mecanismo, la inmediación o la publicidad (principios políticos y garantías que estructuran el proceso penal)[83].

---

[83] BAYTELMAN A. Andrés, y J. Mauricio DUCE, op. cit., p. IV y ss.

El modelo procesal penal peruano del Código del 2004 señala que el juicio oral es la etapa principal del sistema acusatorio; sin embargo, tal como lo reconocen agudamente Mauricio DUCE y Andrés BAYTELMAN, lo paradójico es que en estos sistemas de enjuiciamiento criminal el porcentaje de casos que van a juicio oral es menor en relación a los ingresos en el propio sistema y que responden más bien a una orientación y objetivo en el diseño, esto es que menos casos lleguen a juicio oral[84].

5.4. La oralidad de la etapa de juzgamiento

La oralidad es el medio idóneo para articular, otros principios propios del juzgamiento, así toda comunicación deberá ser oral, la audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta. El acta contendrá una síntesis de lo actuado en ella y será firmada por el juez o juez presidente y el secretario. Los jueces, el fiscal y la defensa de las partes pueden hacer constar las observaciones al acta que estimen convenientes. Asimismo, la audiencia podrá registrarse mediante un medio técnico, que como ha venido haciéndose en los distritos que han entrado en vigencia el NCPP, podrá ser la grabación de voz o la grabación en video y voz. El acta y, en su caso, la grabación en soporte técnico, demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

Al ser la comunicación netamente oral, toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada de esa forma, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella. Está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete.

5.5. Atribuciones del Juez en la etapa de juzgamiento

El juez penal o el juez presidente del juzgado colegiado dirigirán el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo. Le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes. Está facultado para impedir que las alega-

[84] *Ibídem*, pp. 6 y ss.

ciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa. También lo está para limitar el uso de la palabra a las partes y a sus abogados, fijando límites igualitarios para todos ellos, de acuerdo a la naturaleza y complejidad del caso, o para interrumpir a quien hace uso manifiestamente abusivo de su facultad, se instituye el poder de corrección disciplinaria que detenta el juez, asimismo, el poder disciplinario permite al Juez mantener el orden y el respeto en la Sala de Audiencias, así como disponer la expulsión de aquel que perturbe el desarrollo del juicio, y mandar detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda a los jueces o a cualquiera de las partes, sus abogados y los demás intervinientes en la causa, o impida la continuidad del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar. En el caso de que un acusado testigo o perito se retire o aleje de la audiencia, sin permiso del Juez o del Juez presidente, se dispondrá que sea traído a la misma por la fuerza pública.

5.6. Instalación de la Audiencia del Juicio Oral

La audiencia solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del Juez Penal o, en su caso, de los jueces que integran el juzgado penal colegiado, del fiscal, asimismo, 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. Hay que señalar, que la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor.

Instalada la audiencia, 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.

El Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación; es decir, su *Teoría del Caso*, que contendrá, las proposiciones fácticas, la calificación jurídica y las evidencias que serán actuadas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil efectuarán la misma labor y, finalmente, la defensa técnica, expondrá en el término que disponga el juez su *Teoría del Caso*.

Terminada la exposición de la *Teoría del Caso* de las partes, mediante el alegato inicial, 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. El acusado en cualquier estado del juicio podrá solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar si anteriormente se hubiera abstenido. Asimismo, el acusado en todo momento podrá comunicarse con su defensor, sin que por ello se paralice la audiencia, derecho que no podrá ejercer durante su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen.

5.7. La conclusión anticipada, conformidad ante la acusación

El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado, conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. 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.

Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el juez previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba que deberán actuarse.

Si son varios los imputados y solamente algunos de ellos, admiten los cargos, con respecto a estos últimos se aplicará la conformidad y se expedirá sentencia, continuando el proceso respecto a los no conformados.

5.8. Ofrecimiento de nuevos medios de prueba o los no admitidos en la etapa intermedia

Las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Solo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con pos-

terioridad a la audiencia de control de la acusación. Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes, la resolución que dispone la admisión o no de los medios de prueba no es impugnable.

5.9. Desvinculación y acusación complementaria

Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.

Por otro lado, el fiscal, podrá introducir un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica, todo ello lo deberá sustentar oralmente.

Asimismo, si a través del debate contradictorio, se da la existencia de hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no superará el plazo de cinco días.

5.10.La actuación probatoria

Como lo advierte el artículo 375° del NCPP, en cuanto al orden de la actuación probatoria:

Artículo 375º

1. El debate probatorio seguirá el siguiente orden:

a) Examen del acusado.

b) Actuación de los medios de prueba admitidos; y, (testigos y peritos-órganos de prueba).

c) Oralización de los medios probatorios.

2. El Juez Penal, escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse las declaraciones de los imputados, si fueran varios, y de los medios de prueba admitidos.

3. El interrogatorio directo de los órganos de prueba corresponde al Fiscal y a los abogados de las partes.

4. El Juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío.

5.11.El examen del imputado

El imputado puede acogerse al silencio y rehusarse a efectuar declaración, puede si así lo estima conveniente declarar de forma total o parcialmente, si se niega a declarar, el juez le informará que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Ministerio Público.

Si el imputado acepta ser examinado, deberá aportar libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso, las preguntas deberán ser orientadas a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil, las interrogantes deberán ser directas, claras, pertinentes y útiles, así no se admiten preguntas repetidas sobre aquello que el imputado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria.

Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y sugestivas, en este último aspecto debemos incidir indicando lo

siguiente, según las técnicas de litigación, es pertinente que el que empiece a interrogar directamente sea el abogado de la Defensa Técnica, si bien es cierto que el Código manifiesta que el abogado defensor deberá ser el último en examinar, haciendo una interpretación desde la doctrina procesal penal de producción probatoria, que son otras que las técnicas de litigación oral, el abogado defensor debe examinar directamente al imputado y después, deberá ser *contraexaminado* por el Ministerio Público[85].

Por otro lado, el juez declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisible las preguntas prohibidas, asimismo, en este punto y colegido con el anterior párrafo se entiende que si bien es cierto el Código manifiesta que no se permiten preguntas del tipo sugestivo, por interpretación el contraexamen se estructura, con este tipo de preguntas, por ello, en este escenario de litigación estas preguntas deben ser permitidas y no ser objetables.

5.12.Examen de testigos y peritos

El examen de los testigos se sujeta —en lo pertinente— a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba, realizando un examen directo y luego las demás partes, utilizando el *contraexamen*, los testigos no podrán comunicarse entre sí antes de ser examinados ni deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurriere en la sala de audiencia.

El juez controlando el debate, moderará el examen y evitará que el testigo conteste preguntas capciosas, sugestivas (salvo como dijimos en párrafos anteriores, si se está *contraexaminando*) o impertinentes, y procurará que el examen se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.

El examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se

[85] Las técnicas de litigación oral son la articulación apropiada en este escenario tan particular, como el juicio oral, en donde la actividad de las partes es sumamente estratégica. QUIÑONES VARGAS, Héctor, Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño. Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa, DPK Consulting USAID, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2003.

ordenará la lectura del dictamen pericial, 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.

Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria, (utilización de declaraciones previas en el examen directo), asimismo, se dispondrá lo mismo; es decir, la utilización de una declaración previa, si surge una contradicción, generalmente este último supuesto se da en el *contraexamen*[86].

Asimismo, mediante el examen directo y contraexamen del acusado, testigos o peritos se puede presentar la prueba material, durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella. La prueba material son: los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, por ejemplo, el arma incautada que es prueba material de un homicidio.

5.13.La prueba documental y el trámite para su actuación probatoria

La prueba documental para que sea actuada en la etapa de juzgamiento, deberá ser introducida al debate mediante la lectura, entre las pruebas documentales que contempla el Código tenemos:

a) Las actas que contienen la prueba anticipada.

b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones.

c) 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, desconoci-

[86] Bajo los alcances de las técnicas de litigación oral se imprime la premisa de que la prueba no habla sola, sino a través de los litigantes. La mejor forma de producir la mayor cantidad de información de calidad es a través de los interrogatorios (examen directo y contraexamen). En este sentido, BAYTELMAN A. Andrés y J. Mauricio DUCE, op. cit., pp. 12 y ss.

miento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se dará lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.

d) 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.

e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, allanamiento, entre otras.

Una vez que se concluya 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, con ello se solventa el principio de contradicción, con este trámite existe gran diferencia, en el antiguo sistema que recoge el Código de 1939, promulgado en 1940, puesto que la lectura se da solo a prueba documental, anticipada, no permitiendo que dé lectura a actos de investigación.

Concluida la actividad probatoria, propia de las partes, el juzgador excepcionalmente 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 cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes, de lo contrario, estaría actuando parcializado por alguna de ellas y quebraría el sistema interpartes y la imparcialidad.

El último escenario, de actividad procesal, que tienen las partes enfrentadas en el contradictorio, es el escenario de litigación denominado: alegato de clausura, o de cierre, en el que las partes se dispondrán a exponer sus inferencias sobre la producción probatoria, este ejercicio de litigación es netamente argumentativo, donde se contrasta la evidencia y las proposiciones fácticas, que hayan sido pro-

badas, para solventar la tesis de culpabilidad o solventar la tesis de inocencia, según sea el caso.

El Código indica que se desarrollará en el siguiente orden:

a) Exposición oral del Fiscal.

b) Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil.

c) Alegatos del abogado defensor del acusado.

d) Autodefensa del imputado.

Asimismo, como bien sabemos, la comunicación entre las partes es oral, respetando el principio de oralidad, es por ello que no podrán leerse escritos, solo notas de ayuda memoria, o el empleo de medios gráficos, o audiovisuales, como por ejemplo, las diapositivas para una mejor ilustración al juez, esto último no muy practicado por nuestros abogados, si en otras latitudes geográficas, como la americana.

Terminados los alegatos de cierre, corresponde la defensa materia o autodefensa, o también llamada última palabra del acusado o imputado. Culminado este trámite el juzgador, declarará cerrado el debate.

5.14. Deliberación y sentencia

Después de los alegatos de cierre y la defensa material del imputado, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta, la cual no podrá extenderse más 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.

En los procesos complejos el plazo es el doble en todos los casos previstos en el párrafo anterior, asimismo, transcurrido el plazo sin que se produzca el fallo, se quebrará el juicio y deberá realizarse nuevamente pero con otro juez unipersonal o colegiado según sea el caso.

Necesariamente, las decisiones del colegiado se deben adoptar por mayoría, si no se efectúa consenso en relación con los montos de la pena y la reparación civil, se aplicará el término medio, asimismo, de establecer la pena de cadena perpetua se requerirá decisión unánime de todo el colegiado.

El juzgador deberá utilizar únicamente para la deliberación pruebas que hayan sido actuadas en el juicio oral, deberá examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás, para llegar a convicción, la valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

La sentencia debe contener lo siguiente:

- La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado.
- La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique.
- Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo.
- La parte resolutiva, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito.

Usualmente, se leerá tan solo su parte dispositiva por el director de debates o por el mismo juez unipersonal, y los fundamentos que motivaron la decisión expuesta en la parte dispositiva que no será otra cosa que el fallo, absolviendo o condenando. Posteriormente, en este mismo acto, se anunciará el día y la hora para la lectura integral de la sentencia, la que deberá llevarse a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan.

Al concluir la lectura de la sentencia, el juez preguntará a quien corresponda si interpone recurso de apelación, no es necesario que en ese acto se fundamente el recurso, asimismo, también puede re-

servarse la decisión de impugnación.

5.15. Conclusiones referentes a la etapa de juzgamiento

- Fase esencial del proceso común.
- Escenario de la prueba.
- La imparcialidad del Juez Penal.
- La publicidad y su herramienta idónea: la oralidad.
- La oralidad y su empleo mediante las técnicas de litigación.
- El juzgamiento como escenario natural del Juez.
- La tarea del Juez no es actuar prueba sino valorar el resultado de la que actúen los otros sujetos procesales.
- Preguntas del Juez y pruebas dispuestas de oficio: excepcionalidad de las mismas.

VI
La valoración de la prueba en el nuevo proceso penal

6.1. Introducción

En el contexto general. la prueba en materia jurídica es de suma importancia para el desarrollo del derecho, ya que no existe proceso judicial que no dependa estrictamente de la prueba, ni mucho menos una sentencia que establezca el derecho de las partes que no se sustente en prueba conocida y debatida dentro del proceso, porque no puede existir una sentencia en materia penal que no fundamente sus considerandos en lo que es objetivamente veraz y a todas luces capaz de convencer sobre la inocencia o responsabilidad de un acusado o bien que el actor acredite sus pretensiones.

Así entonces, desde todos los tiempos, la prueba tiene una gran importancia en la vida jurídica, tal como nos lo hace saber la doctrina, así Devis Echandía sostenía que: «No se concebía una administración de justicia sin el soporte de una prueba». Entonces, sin la prueba, el Juez no podría tener un contacto con la realidad extraprocesal.

Y, por ello la forma mediata de comprobar que la persona a la cual se le acusa de haber cometido un hecho punible, es culpable o inocente; tratándose de Derecho Penal, solamente se puede llegar a esta conclusión agotando todos los medios legales de la prueba.

Facultad que la misma ley ha concedido, tanto al Estado representado por el Ministerio Público y el juez, así como al acusado y a su defensa.

Porque en el procedimiento penal, por ser el instrumento de la definición de las relaciones de orden público, el Tribunal debe procurar llegar al conocimiento de la verdad efectiva, analizando escrupulosamente el material probatorio, en su doble aspecto de cargo y descargo.

Consecuentemente, se tiene, como lo dice GARCÍA FALCONÍ, la prueba, de cargo y descargo; esta no habla por sí sola, está llena de detalles, de inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos caracteres para valorarlas y fundamentar la sentencia a dictarse, y que por ello la prueba debe ser necesaria, legal, oportuna, libre, controvertida y practicada en la etapa del juicio.

Entonces, dada la importancia de los medios de prueba en el proceso penal, resulta necesario que el juzgador realice una correcta valoración de los medios de prueba para arribar a la verdad histórica de los hechos y, sobre la base de ello, sentenciar al acusado.

6.2. Noción de «prueba»

Es necesario establecer un concepto de la prueba, y para ello debemos recurrir a su sentido etimológico, pues la palabra «prueba», deriva del término latín *probatio* o *probationis*, que a su vez procede del vocablo *probus* que significa «bueno»; por tanto, lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa.

Dentro del proceso penal, la prueba, señala Andrés DE LA OLIVA, «es la actividad procesal de las partes y el juzgador, dirigida a formar la convicción de este último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente, en el juicio oral».

En cada etapa procesal; desde la investigación preliminar hasta la sentencia la prueba tiene distintas connotaciones que nos permiten identificar diferentes categorías de pruebas; a las cuales BOTERO identifica las siguientes categorías:

> ***Los medios de búsqueda de pruebas**, que son actos investigativos, consentidos a las partes en el curso de las investigaciones preliminares para adquirir las fuentes de prueba. **Las fuentes de prueba** que*

son elementos adquiridos en el curso de la investigación preliminar que obligan a las partes a demandar su admisión, se forman luego delante del Juez a través de los medios de prueba. ***Los medios de prueba*** *que son instrumentos a través de los cuales las pruebas son aportadas al conocimiento del juez. Las pruebas que son elementos adquiridos delante del juez en contradicción entre las partes en la audiencia oral y puestos de base de la sentencia*[87].

En ese sentido es posible afirmar que la prueba es la verificación de afirmaciones que se lleva a cabo, utilizando los elementos de prueba con los que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías. De ello deducimos, primero, que la prueba no consiste en averiguar sino en verificar; y, segundo, precisamos que el elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva, en tanto que, el medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley, dirigido a lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso.

RECUERDA

La prueba es la verificación de afirmaciones que se lleva a cabo, utilizando los elementos de prueba con los que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías. La prueba no consiste en averiguar sino en verificar. El elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva, en tanto que, el medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley, dirigido a lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso.

Cabe resaltar también que dicha prueba debe ser lícita, puesto que de obtenerse o incorporarse pruebas sin respeto a un debido proceso, estas no deberán ser utilizadas ni valoradas por el juzgador. En el mismo sentido carecen de efecto legal las que hayan sido obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esen-

[87] BOTERO, Martín Eduardo, El Sistema Procesal Acusatorio, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008.

cial de los derechos fundamentales de la persona. Estas pruebas no pueden ser utilizadas por el Juez ni directa ni indirectamente.

6.3. Finalidad de la actividad probatoria

Señala MIXÁN MASS que:

> *La actividad probatoria en el proceso penal tiene como finalidad específica indagar y verificar las afirmaciones constitutivas de la imputación sobre el «tema probandum» (sobre el objeto de la prueba en el caso singular). En síntesis, la finalidad de la actividad probatoria en el procedimiento penal es buscar la verdad concreta sobre la imputación para una correcta aplicación de la ley*[88].

Por otro lado, RIVERA MORALES sostiene que dos son los enfoques fundamentales en el derecho procesal contemporáneo: a) Cognoscitivismo racional garantista; fundado en el proceso se debe administrar justicia, por tanto, uno de los principales propósitos es establecer la verdad y que esta sea rasgo esencial de la decisión. b) Decisionismo procesal, por el cual se sostiene que la finalidad de la prueba es ser una herramienta de persuasión. Debe recordarse que el decisionismo sostiene que la decisión que tome el juez siempre es correcta, pues estará basada en el razonamiento jurídico que efectúa el juez en la sentencia, tomado como libertad de apreciación[89].

6.4. Valoración de la prueba

El profesor GONZALES NAVARRO, indica que «por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende de la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse en su contenido»[90]. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez, pero lo ordinario es que se requieran varios, de la misma o de distinta clase para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos.

---

[88] MIXÁN MASS, Florencio, Teoría de la Prueba, Ediciones BLG, Trujillo, 1992.

[89] RIVERA MORALES, Rodrigo, La prueba: un análisis racional y práctico, Marcial Pons, 2011.

[90] GONZALES NAVARRO, Antonio, La Prueba en el sistema penal acusatorio, Leyer, Bogotá, p. 288.

Expresa MANZINI que la valoración de la prueba consiste en el análisis crítico, hecho por el magistrado del resultado del examen probatorio y en la consiguiente valoración de él acerca de lo concluyente de esa misma prueba a los fines procesales[91].

Así, existen sistemas que se han dado para la valoración de las mismas:

a) La sana crítica

COUTURE, tras afirmar que son a la vez expresión de ciencia y de experiencia, la define como «reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia»[92].

El sistema de la libre convicción o sana critica racional, al igual que el de íntima convicción (criterio de conciencia), establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquel, que las conclusiones a que se lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se las apoye, que se fundamenten los fallos. Claro que si bien el Juez, en este sistema, no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse y gozan de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respecto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. Al respecto sostiene Walter GERHARD que «la libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el Magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común»[93].

La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto re-

---

91 MANZINI, citado por GONZALES NAVARRO, Antonio, op. cit., p. 289.

92 COUTURE, Eduardo J., Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, Montevideo, 1941, pp. 19 y 21.

93 WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba*, Themis, Bogotá, 1985.

quiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.

b) El sistema de la prueba legal o tasada

En el sistema de prueba legal o tasada fue introducido en el derecho canónico, como un freno, un obstáculo, a los ilimitados poderes que tenía el juez, que ejercía absoluto dominio sobre el acusado y que frecuentemente se traducía en arbitrariedades.

En este sistema se suprime el poder absolutista del juez, ya que no son los jueces los que según el dictado de su conciencia debe juzgar el hecho determinado, sino que sus fallos han de ajustarse a la pauta de la norma jurídica; ya no es solo su convicción la que prevalece, sino que sus resoluciones deben dictarse apreciando la prueba de acuerdo con las normas procesales.

Por tanto, el sistema de la prueba tasada es aquel que consistía en el establecimiento de ciertas reglas a que de manera rígida asignaba un determinado resultado a los medios de prueba en sentido formal que se utilizaban en el proceso, y que no se dirigían a formar el conocimiento del juzgador sino a la obtención de un resultado absoluto, en un principio y más tarde sustituido por normas que obligaban al juzgador a formar un criterio según el contenido de estas.

c) Reglas de la lógica

Estas constituyen un límite a la libertad de apreciación de las pruebas por parte del órgano jurisdiccional, esto debido a que tiene que respetar las leyes del pensamiento al momento de valorar las pruebas, por lo que un error de logicidad puede provocar un recurso que tienda a atacar la motivación del juez al momento de analizar las pruebas[94]. Como muestra se señalan dos principios de la lógica que deben ser observados al momento de valorar las pruebas:

---

[94] KLUG, Ulrich, Lógica Jurídica, trad. J. C. Gardella, 4.ª ed., Themis, Colombia, 2004, p. 204.

- **Principio de identidad:** se enuncia de la siguiente forma: «Todo objeto de conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo»[95]. En otras palabras «una cosa es lo que es»; esta ley del pensamiento exige que todo concepto y todo juicio debe ser idéntico a sí mismo y no se puede cambiar un concepto por otro, ya que se corre el riesgo de cometer un error lógico[96].
- **Principio de no contradicción:** significa que «una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto». De acuerdo con esta regla si en dos juicios enunciativos, uno afirma y el otro niega la conveniencia de tal o cual determinación, relativo al mismo objeto-sujeto, en iguales condiciones de espacio y tiempo, estos juicios son contradictorios, y por tanto, no es posible que los dos sean verdaderos[97].

d) Conocimientos científicos

En la importancia de la valoración de las pruebas, un referente obligado es la correcta apreciación de los conocimientos científicos. Esto significa que el órgano jurisdiccional no puede otorgar valor alguno a aquellas pruebas que manifiestamente contradigan el conocimiento vigente aprobado y reconocido por alguna ciencia.

e) Máximas de la experiencia

Las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos[98].

Responden al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, producen únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiencia procesal, al

---

95 COPI, Irving M., *Introducción a la Lógica*, Limusa, México, 2002, p. 367.

96 GARCÍA RESTREPO, Luis E., Elementos de la Lógica para el Derecho, Themis, Colombia, 2003, p. 110.

97 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *La lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México, 1999, p. 104.

98 STEIN, F., El conocimiento privado del juez, trad. de A. De la Oliva, Themis, Bogotá, 1988, p. 27.

contrario, permite atribuirle el que le corresponde como criterio de orientación en la valoración, no como juicio confirmativo de los hechos[99].

6.5. Conclusiones

- La valoración de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental, de gran importancia en todo proceso y, más aún en el proceso penal, puesto que de ella depende que el tribunal llegue o no a una certeza; es decir, va a determinar el carácter absolutorio o condenatorio de la sentencia para el acusado.
- Precisamente, al momento de la valoración de las pruebas, el Juez no solo pone al servicio del Estado su intelecto y raciocinio, sino incluso su honestidad como persona.
- La valoración de la prueba determina el resultado de la práctica de los medios de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión que la prueba practicada por las partes logró sobre el juzgador. Porque además, la apreciación probatoria se da desde el momento en que el Juez tiene contacto con el medio de prueba, porque desde ese instante se irá formando su juicio acerca de la credibilidad y la eficacia de cada medio de prueba, para que al final se confronten todas las pruebas receptadas, depurarlas y tomar una decisión, esto es valorarlas en conjunto para sentenciar sobre la base de la convicción lograda, luego de dicha valoración.
- Al valorar los medios de convicción debe analizarse el sistema que se sigue, el cual puede ser libre, tasado o mixto.
- Podemos decir que en el sistema libre de la apreciación de la prueba el Juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación; no es la ley quien fija el valor de la prueba, es el juzgador.
- En el sistema de la prueba tasada, la ley fija de manera determinada el valor de la prueba; con lo que se pretende evitar arbitrariedades por parte del juzgador.

---

[99] IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, Acerca de la Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal, p. 288.

VII
PRINCIPIOS GENERALES EN TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL

En el estudio de las técnicas básicas de litigación oral, en las diferentes etapas de su aplicación vamos a encontrarnos con pautas o criterios, establecidos por la necesidad de cumplir un buen desempeño en el proceso. Estos criterios deben cumplirse para poder desarrollar de la mejor manera cada una de las etapas propias de la litigación oral; desde un buen alegato de apertura, hasta un buen contrainterrogatorio por ejemplo. De otro lado, desde nuestra perspectiva existen reglas de litigación oral que pueden resumirse en solo tres, de estas, derivarán todas aquellas que puedan presentarse posteriormente:

7.1. Las fuentes de prueba son las que proporcionan información en el juzgamiento

El modelo procesal de corte acusatorio que viene implementando progresivamente el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, trae como novedad que el Juez penal de juzgamiento no conozca el caso antes de la etapa misma de juzgamiento; es decir, es en la primera audiencia en la cual conocerá por primera vez de que se trata el litigio. Ello se debe a que en la etapa de investigación, es el Juez de la Investigación Preparatoria quien hace las veces de controlador de garantías, así, el Juez penal de juzgamiento no tiene participación en las etapas previas y por tanto no conoce el caso.

De esa forma, son las partes quienes llevarán al Juez aquellas fuentes de información necesarias para contribuir a su teoría del caso, son estas quienes brindarán información sobre los hechos que son materia de análisis en el proceso.

Son fuentes de información los testigos, peritos, objetos y documentos; estas fuentes serán introducidas al proceso penal a través del cauce preestablecido por el ordenamiento procesal; así por ejemplo, una fuente documental será introducida al proceso a través de su oralización, del mismo modo un prueba testimonial, será introducida al proceso a través de una declaración en juicio oral sometida al debate contradictorio y cumpliendo con los principios de inmediación y oralidad. Estas fuentes de información deben ser encontradas en la investigación.

Siendo ello así, cada una de las partes presentará al juzgador aquellas fuentes de información que puedan reforzar su idea o versión de aquello que realmente sucedió. Por ejemplo, la defensa llevará ante el tribunal aquel testigo que pudo apreciar durante cinco años cómo la acusada era víctima de constantes maltratos y abusos por parte de su esposo, al que en uno de esos tantos días terminó matando; ello, siempre para contribuir a su teoría de legítima defensa.

7.2. Ni el fiscal ni el abogado son fuente de información

Como hemos señalado líneas atrás, son los testigos, peritos, objetos y documentos, quienes llegan a juicio oral para brindar información sobre los hechos. Ilustrarán en audiencia pública y coadyuvarán a dilucidar los hechos por los que es juzgada una o varias personas.

Siendo así, ni el abogado defensor, ni el actor civil, ni el fiscal, ni el tercero civilmente responsable pueden actuar en juicio oral como fuentes de información, estas calidades son absolutamente incompatibles. Si en algún caso se presentasen ambas calidades en una sola persona, ésta dejará de ser fiscal o abogado defensor por ejemplo, para convertirse en testigo. El fiscal y los abogados, lo que hacen es llevar fuentes de información al juicio, para acreditar su teoría del caso.

De esta regla se puede desprender, por ejemplo, por qué las preguntas sugestivas se encuentran prohibidas en un interrogatorio; ya que en un estado en el cual el testigo principal quiere trasmitir al juez todo lo que pudo ver el día que se cometió el delito, si el abogado o fiscal, realizan preguntas con la respuesta sugerida, la infor-

mación, no será dada por el testigo, sino por la parte que interroga. Por ejemplo:

Fiscal: Sr. Pinedo, ¿usted se encontraba en la Av. Javier Prado, Cdra. 17 a las 6:00 a.m.?

Testigo: Sí.

Fiscal: ¿Usted vio que un bus del Metropolitano se acercaba?

Testigo: Sí.

Fiscal: ¿Este bus se acercaba a excesiva velocidad?

Testigo: Sí.

Fiscal: ¿Cuando se acercó atropello a la víctima?

Testigo: Sí.

En esta pregunta sugestiva, el interrogador participa afirmando los hechos, sin embargo, el fiscal como parte en el proceso no podría dar por afirmados hechos de los cuales no fue partícipe, para eso llega un testigo a la instancia de juicio oral, para brindar la información que por cosas del destino posee.

Imaginemos que en el examen directo o interrogatorio estuviesen permitidas las preguntan sugestivas; de ser así, cualquier persona podría llegar a ser testigo de un hecho y comparecer al juez transmitiendo información que en realidad nunca llegó a percibir, ello debido a que su participación se podría limitar a responder con un «sí» o un «no» las preguntas sugeridas que realice el interrogador; y así, la información llegaría al órgano sentenciador, no de mano del testigo, sino del interrogador vía pregunta sugestiva.

7.3. Cuando las fuentes son llevadas frente al juez, se debe extraer la información sin amenazas y sin engaños

El modelo acusatorio innovado en nuestro sistema procesal, ha establecido que tanto fiscal como abogado defensor se encuentran en una situación de igualdad (igualdad de partes, igualdad de armas) y que sobre ellos, como director del proceso encontramos al Juzgador; se forma así un triángulo de jerarquía, donde es el juez quien conduce y dirige el proceso.

Solo el Juez podrá dirigir el debate, poner orden o llamarle la atención a algún participante de ser el caso, así lo ha establecido el

Código Procesal Penal en el inc. 4 del artículo 375°: «*El juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente (...)*».

En la misma línea el inc. 4° del artículo 378°, cuando señala que: «*El juez moderará el interrogatorio (...) procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas*».

Del mismo modo el Artículo 363° en cuanto a la dirección del proceso señala: «*El juez penal o el juez presidente del Juzgado colegiado dirigirán el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo*».

En esta lógica, las partes en su participación no podrán coaccionar o amenazar algún testigo o perito. Por ejemplo:

Abogado Defensor: Testigo, le recuerdo que se encuentra bajo juramento, por lo que de brindar información falsa, podría ser denunciado por perjurio.

Al ser el juzgador el director del proceso, él y solo él, está autorizado a llamarle la atención a un testigo o a un perito que no quiera colaborar en el proceso.

Finalmente, cuando extrae información de un testigo no pueden haber lugar para las ambigüedades ni engaños.

Ejemplo:

¿Diga si o no, usted nunca estuvo en el lugar?

Esta pregunta es claramente capciosa.

VIII
La teoría del caso

En el contexto de la aplicación del nuevo Código Procesal Penal, la elaboración de la teoría del caso debe de ser una de las labores más importantes que puede realizarse. A lo largo del juicio oral, ninguna decisión a tomarse se puede hacer de forma inteligente a menos que se tenga una idea clara de las fortalezas y debilidades de su caso, todo lo que se realice en el juzgamiento deberá ser hecho pensando en la teoría del caso. Por lo tanto, el desarrollo de una teoría viable es el primer paso para llevar a cabo un juicio exitoso. Esta explicación nos lleva a establecer como señalan Baytelman y Duce que litigar en juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico[100].

En todo proceso penal el abogado defensor y el fiscal deben contar cada uno con una versión que convenza al juzgador de la fuerza de sus argumentos y le sirva para planear y monitorear el desarrollo de cada etapa del proceso penal[101].

Recuerde que un juicio no es una presentación de cada hecho y cada argumento legal remotamente posible; el juicio es un presentación de versiones de lo que ha ocurrido; es decir, cada parte llega a juicio con una historia que contar, con una propuesta hecha al juez de cómo es que pudieron llevarse a cabo los hechos que en el proceso intenta dilucidar. Así, el ganador será aquel que mejor cuente su historia de los hechos y logre convencer al juez de que esa es la

[100] Cfr. Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Alternativas, Lima, 2005, p. 91.

[101] Cfr. Solórzano Garavito, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 125.

versión correcta dicho en otras palabras, se elegirá la mejor explicación de lo ocurrido, a ello se le denomina abducción. Y para que el juez crea mi versión de los hechos, esta tiene que tener, sobre todas las cosas, una característica muy puntual: «Consistencia».

La consistencia de nuestra posición será el resultado de un trabajo estratégico y anterior a la audiencia; la improvisación o confianza en la intuición, en ninguna instancia darán buenos resultados. El nuevo proceso al ser un proceso audaz, oral y contradictorio, hará fracasar a aquella parte que pretenda inventar o improvisar en alguna audiencia.

Si ambas partes coincidieran sobre su visión de los hechos, el caso no llegaría a nivel de juicio oral, y por el contrario se encontrarían soluciones alternativas como la terminación anticipada por ejemplo, salidas que precisamente busca fomentar en la mayoría de los casos el Nuevo Código Procesal, ello siempre en aras de contribuir a disminuir la carga procesal que hoy existe en todo el Poder Judicial.

Se llega a juicio cuando las versiones son diferentes, la defensa no acepta la versión del fiscal y tiene una versión diferente. Ganará aquel que haga creer al juez su visión de los hechos, que serán contados en la forma más conveniente a su posición.

De ahí que BAYTELMAN y DUCE señalen que respecto del delito y sus circunstancias lo mejor que tenemos es un conjunto de versiones acerca de lo que realmente ocurrió. El imputado tiene una versión, la víctima tiene la suya, la policía hace lo propio, y lo mismo cada uno de los testigos[102].

La verdad es que el hecho en ciernes se encuentra en un pasado que, lamentablemente, nadie puede visitar. Los hechos que componen el delito y sus circunstancias suelen ser de enorme complejidad y, entre lo uno y lo otro, para un gran número de causas lo más probable es que nunca sepamos realmente que fue exactamente lo que ocurrió[103].

Para establecer y llegar a crear convicción en el Juez, los hechos deberán ser establecidos con pruebas, esta será ofrecida al interior de un relato. El orden de presentación de estas pruebas deberá lle-

---

[102] BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Alternativas, Lima, 2005, p. 92.

[103] *Ibidem*, p. 91.

varse a cabo de acuerdo a como esta se acomoda a nuestra versión, pero recuerde, las técnicas de litigación estratégica no tratan de crear o inventar pruebas con la finalidad de inducir a error al juzgador y así lograr que nuestra historia resulte la más aceptable, sino por el contrario, de las pruebas existentes, en el orden que más convenga, presentarlas al Juzgador e intentar convencerlo de que nuestra versión de los hechos es la correcta.

Siendo que la prueba no se llega a explicar por sí sola, la labor del abogado es, pues, hacer que llegue el mensaje, y el mecanismo natural de transmisión es el relato. Pero al litigante no le bastará tan solo que su historia sea entretenida o interesante, sino que ella deberá transmitir al tribunal que se trata de la versión más fidedigna de los hechos y la interpretación de la teoría más adecuada y justa[104].

El litigante en el juicio oral, en fin, debe narrar y persuadir. Esa será su principal tarea y su más primordial objetivo. Esta tarea no está entregada nada más al talento intuitivo y personal de cada litigante[105]. A continuación se desarrollarán una serie de conceptos y recomendaciones para un mejor desarrollo y cumplimiento de esa tarea.

8.1. Conceptualización

Existen muchas aproximaciones acerca del concepto de la teoría del caso[106], así por ejemplo, Herbert Benavente Chorres señala que *«la teoría del caso es el planteamiento metodológico que cada una de las partes deberá realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con el fin de proporcionar un significado u orientación a los hechos, normas jurídicas ya sean sustantivas o procesales, así como el material probatorio, que se ha recabado»*.

Del mismo modo, César Reyes Medina afirma que: *«la teoría del caso es el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan»*[107].

---

[104] *Ibidem*, p. 93.
[105] *Ibidem*, p. 93.
[106] Algunos autores señalan diferentes métodos para desarrollar la teoría del caso: *«The legal elements model»*, *«chronologymodel»* y *«thestorymodel»*.
[107] Cfr. Reyes Medina, C., *Técnicas del Proceso Oral en el sistema Penal Acusatorio Colombiano*, 2009, p. 124.

Por otro lado, para los autores chilenos BLANCO SUÁREZ, DECAP FERNÁNDEZ, MORENO HOLMAN y ROJAS CORRAL: *«la teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica»*[108].

El profesor norteamericano BINNY MILLER, practicante de la teoría del «storyline» menciona que en esta versión *«el operador del derecho describe la historia del caso teniendo en cuenta el contexto en el que se contará. La teoría del caso es una instantánea, un marco, esencia de la historia o lo de que el caso se trata, por lo que debe de existir coherente que los elementos que la crean»*.

En esta lógica, por nuestra parte mantenemos una idea propia, entendiendo que *«la teoría del caso es una explicación creíble de lo que pasó sobre hechos que puedas probar»*.

Esta definición, aun cuan simple pueda parecer, encierra un cúmulo de técnicas en su construcción, así por ejemplo, la teoría del caso debe ser preparada y presentada a manera de historia, es decir, como una visión de lo que pudo haber sucedido realmente. Una historia que el abogado quiere que acepte el juzgador sobre los hechos ocurridos[109]. Es mi mejor explicación que se da sobre la base de hechos probados, debo lograr como litigante que un conjunto de hechos que deberé probar o convenir lleven a una conclusión que es mi explicación.

¿Quién no recuerda algún cuento de infancia?, Caperucita roja o si prefiere Blanca Nieves y los siete enanitos; sin embargo, alguna vez se preguntó: ¿por qué nunca olvida estos cuentos?, ello se debe a que lo contado a manera de historia perdura y difícilmente se olvida, esta lógica llevada al mundo jurídico funciona, llévele usted al juez su caso contado a manera de historia y este nunca olvidará su pretensión y la forma en que su idea de lo que sucedió es más creíble que la de su contrincante.

---

[108] Cfr. BLANCO SUAREZ, Rafael *et al., Litigación Penal: juicio oral y prueba,* Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, p. 18.

[109] Cfr. PEÑA GONZÁLES, Oscar, *Técnicas de Litigación Oral,* 2ª ed., APECC, Lima, 2013, p. 212.

Y si se pregunta: ¿cuál es la historia que se debe presentar?, usted, como buen litigante, deberá presentar una «explicación creíble» de lo que pasó, una exposición que podrá probar a lo largo del juicio oral con los elementos que previamente ha recogido, a eso se llama «teoría del caso».

Pero recuerde que siempre su «explicación creíble» de los hechos debe ser presentada a manera de historia, ello por ser más creíbles y por ser más fáciles de recordar.

Imagínese a un juez penal que por día tiene más de 30 casos por resolver, es obvio que nunca tendrá la memoria tan fresca para recordar la totalidad de casos; sin embargo, las historias siempre marcan en el recuerdo, un dato singular, una frase, un lema, los actores principales, estos puntos harán que el juzgador recuerde nuestro caso y, mejor aún, recuerde una versión de los hechos. La historia contada a nuestra manera.

La historia o perspectiva de lo que realmente sucedió, denominado teoría del caso, debe contener tanto los sucesos no controvertidos como los que son objeto de controversia, aunque, como es lógico, el trato que merecen es distinto: Los sucesos no discutidos requieren un tratamiento menos riguroso que los sucesos controvertidos[110].

Este concepto de la teoría del caso como historia, punto de vista, perspectiva, etc., recogido con matices por la doctrina especializada, debe necesariamente complementarse con el propósito u objetivo que subyace a la utilización de la teoría del caso en el proceso penal, es decir, ser un medio a través del cual se busca persuadir al juez[111].

La teoría del caso viene a ser nuestra brújula a lo largo del proceso, es lo que decide todo lo que voy hacer en el juicio oral, lo que presento, el examen directo que realice, el contraexamen, el alegato de clausura, absolutamente todo se hace pensando en la teoría del caso planteada al inicio del juicio oral, es más si llegas a parpadear también lo haces pensando en tu teoría del caso.

---

[110] *Cfr. Reyna Alfaro, Luis, Litigación Oral y Técnicas de Persuasión Aplicadas al Código Procesal Penal, 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2010, p. 66.*

[111] *Ibidem,* p. 65.

La teoría del caso debe dominar absolutamente todas las decisiones que toman las partes dentro de un proceso penal[112].

La teoría del caso es «un sillón cómodo y mullido desde el cual se puede apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo»[113].

8.2. Características

Existen una serie de condiciones que permiten que la teoría del caso sea útil:

a. Sencillez

Los elementos que integran una teoría del caso deben de ser claros, para ello, no debe de ser necesario realizar raciocinios avanzados, recuerde que si su «explicación creíble» es planteada a manera de historia, esta difícilmente será olvidada y al mismo tiempo se hará sencilla.

La sencillez de su planteamiento conllevará a que el juez entienda fácilmente su caso, y hasta pueda recordar detalles de su exposición.

La simplicidad de una teoría del caso estriba en que ésta sea capaz de explicar con comodidad toda la información que el juicio produce, incluida la información que emana de la prueba de la contraparte. De otro modo nos veremos obligados a complementarla con elementos foráneos que expliquen los puntos que ella no ha logrado alcanzar y a «parchar» los «hoyos» de nuestra teoría del caso; cada parche tendrá un costo de credibilidad[114].

b. Credibilidad

Para que la teoría del caso logre persuadir al juez, ésta debe de responder al sentido común y las reglas de experiencia. En este punto remontamos nuestra definición de teoría del caso como una «ex-

---

[112] *Ibidem,* pp. 65 y 66.

[113] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal: Juicio Oral y Prueba,* Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, p. 90.

[114] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba,* Alternativas, Lima, 2005, p. 105.

plicación creíble»; la versión de los hechos que se pretendan plantear dentro del proceso no puede tener hechos utópicos o de fantasía, menos aún hechos que no puedan ser comprobados con elementos probatorios. Por ejemplo:

«Erick, después de un día agotador de trabajo, como todos los días decide arribar el bus del metropolitano a las 6.30 p.m., sin embargo, al ser hora punta, no encontrar asiento y sin haber dormido el día anterior por tener que realizar trabajos pendientes para la universidad, se queda dormido de pie con las dos manos en la baranda. Jefferson, al apreciar este hecho y ver que la billetera de Erick estaba a punto de caer, se acerca y coge la billetera, momento en el cual Erick se despierta acusándolo de hurto.

En el caso de la defensa, la teoría del caso no podría estar planteada en los siguientes términos:

Abogado defensor: «Jefferson, un ciudadano honorable, solo quería devolver la billetera que caía».

Esta versión de los hechos, no resulta siendo una «explicación creíble» de lo sucedido, ello debido a que la honradez no es precisamente uno de los valores más ejercidos en nuestra sociedad.

Como se puede ver, el planteamiento de esta teoría del caso resulta hasta cierto punto fantástico, por lo menos en una sociedad como la nuestra, donde resulta difícil encontrar conductas como la planteada. En este punto la teoría planteada por la defensa, no es creíble.

Recuerde siempre que en el planteamiento de su teoría, cualquier persona debería poder en primer lugar entenderla y en segundo comprenderla y creerla; pero si ni usted está convencido de la posición que está planteando o en todo caso aún tiene dudas sobre ella, difícilmente el Juzgador tendrá por creíble su versión.

Sin embargo, sobre el mismo caso planteado, la posición de la defensa se verá robustecida con la acreditación de hechos que la corroboren. Por ejemplo:

Hecho 1: Jefferson salió absuelto de los cargos de hurto y robo que presentaba.

Hecho 2: Una semana antes de los hechos Jefferson fue premiado por devolver dinero que encontró en un centro comercial.

Como debe entenderse, la credibilidad de nuestra teoría del caso, siempre debe estar sustentada con elementos que la respalden. Es decir, por más utópica que pueda resultar nuestra posición, si ésta se ampara en elementos o hechos preliminares, la credibilidad se hará presente.

c. Suficiencia jurídica

Es común a todas las partes, que sus teorías deberán ser planteadas de cara a respetar el principio de legalidad, es decir la «explicación creíble» debe basarse en el derecho aplicable al caso. Así:

- *Desde la perspectiva del acusador,* la teoría del caso debe reunir todos los elementos del injusto y de la culpabilidad. No es ocioso resaltar que en todos los procesos, el representante del Ministerio Público necesariamente siempre debe contar con una teoría del caso, de no existir, simplemente encontramos la inexistencia del proceso, ya que al no haber posición fiscal, no haber acusación.
- *Desde la perspectiva del defensor,* a diferencia del Ministerio Público, la adopción de una teoría del caso para la defensa siempre será facultativa, ello debido a que éste puede limitarse a señalar que la fiscalía no podrá probar lo que sustenta en su acusación o en todo caso ampararse en la garantía de la presunción de inocencia como escudo de batalla y limitarse a resaltar la no destrucción de este principio (denominada defensa negativa). Ergo, de presentar teoría del caso, su amparo en elementos jurídicos y probatorios son de estricta concurrencia (defensa positiva).

La defensa, podrá acreditar su teoría del caso solo dando cuenta de los elementos que conforman, y las pruebas que la sustentan, por ejemplo, una legítima defensa o alguna otra causal de exculpación[115].

Sobre esta misma característica cabe resaltar que la teoría del caso debe ser capaz de dar cuenta del conjunto de hechos que ocurrieron, sin dejar cabos sueltos o circunstancias relevantes que no pueden ser explicadas por esa versión o teoría central[116].

---

[115] Cfr. BLANCO SUAREZ, Rafael et al, *Litigación Estratégica. El nuevo Proceso Penal,* Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 23.

[116] *Ibidem,* p. 21.

d. Flexibilidad

La teoría del caso debe poder adaptarse al posible desarrollo del proceso, por lo que es esencial que ésta cuente con una hipótesis sencilla, se pueda adecuar, y que explique de manera congruente la mayor cantidad de hechos que sustentan la propia pretensión e incluso aquellos que fundamentan la teoría de la contraparte.

e. Única

Dentro del proceso penal, solo se podrá defender una teoría del caso, una versión de lo sucedido o una visión de los hechos, ello obliga a que la estrategia sea analizada y posteriormente planteada con el mayor de los cuidados y en aras de poder realizar un buen acto de defensa.

A manera de ejemplo, un abogado no podrá decir:

«Lo cierto es que mi representado no estaba en el lugar de los hechos al momento del homicidio».

«Si se prueba que estaba en el lugar de los hechos, él no fue quien disparó el arma».

«Si se prueba que él disparó el arma, entonces lo hizo en legítima defensa». «Si no se logra acreditar la legítima defensa, entonces mi representado es inimputable por demencia»[117].

El litigante debe presentar una versión determinada de los hechos, no puede presentar varias alternativas o versiones acerca de los hechos, más bien debe presentar una versión única, por lo que deben ser desterradas las peticiones subsidiarias[118].

La teoría del caso, en suma, es nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió. Como tal, debe ser capaz de combinar coherentemente nuestra evidencia indiscutida con nuestra versión acerca de la evidencia controvertida que se presentará en juicio[119].

---

[117] Cfr. BAYTELMAN A., Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba,* Alternativas, Lima, 2005, p. 104.

[118] Cfr. BLANCO SUAREZ, Rafael *et al., Litigación Estratégica en el nuevo Proceso Penal,* Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 19.

[119] BAYTELMAN A., Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba,* Alternativas, Lima, 2005, p. 107.

8.3. La importancia del establecimiento de los hechos en la teoría del caso

Los hechos constituyen la columna vertebral de toda la litigación oral; de ahí que, es en base a hechos que se construye una teoría del caso. Se puede definir un hecho como un acontecimiento o suceso, pero también como una característica de una entidad, persona u objeto.

Según Andrés BAYTELMAN y Mauricio DUCE, lo más importante en el proceso es la identificación de los hechos relevantes o conducentes, los mismos que deben ser reconstruidos durante el debate oral a través de las pruebas.

Los hechos contienen la acción o circunstancias de tiempo, modo o lugar, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas[120].

Considerando la importancia de los hechos en la construcción de nuestra teoría del caso, es menester precisar que para una correcta construcción de nuestra «explicación creíble» de los hechos, nunca, pero absolutamente nunca, nuestra teoría del caso deberá basarse en opiniones o apreciaciones personales.

La teoría del caso se construye en base a hechos y NO sobre conclusiones; esta premisa puede tener una explicación sencilla: «las conclusiones no se pueden probar». Por ello, no interesa probar que una persona quiso matar, ya que esa es una conclusión y no un hecho. La misión del litigante a lo largo del proceso es probar el hecho, ya que con ello, los hechos probados me llevarán a establecer conclusiones.

A continuación se intentará explicar con una situación de la vida común, como se pueden diferenciar los hechos de las conclusiones.

Hecho 1: el pasajero no almorzó.

Hecho 2: el vehículo no tenía servicio a bordo.

Hecho 3: el vehículo no tenía aire acondicionado.

Hecho 4: el pasajero del lado roncaba.

---

[120] *Ibidem*, p. 56.

Hecho 5: el bus no contaba con servicios higiénicos.

Conclusión: el viaje fue espantoso.

En este ejemplo, la conclusión aun sin decirla resulta obvia de la sola presentación de los hechos. Lo mismo sucede en el ámbito jurídico, por ejemplo:

En las instalaciones del casino «El Dorado», luego de un altercado entre un cliente y la cajera del local, el vigilante se acerca a ver lo que pasaba, tomando la posición de la cajera y continuando el altercado con el cliente. El vigilante, en pleno altercado, saca una pistola y logra escucharse un disparo. El cliente camina por el pasillo, llega a la puerta, se sienta y empieza a desangrarse, siempre seguido por el vigilante. Momentos en los que arriba una ambulancia para llevar al herido agonizante.

Las partes en este caso, tendrán cada uno una explicación a lo sucedido en el casino El Dorado.

Fiscal: lo mataron por solo levantar la voz en un casino.

Defensa: el vigilante no tuvo la intención de matar, se trata de un hecho accidental debido a que se le escapo el disparo.

En cuanto a la posición de la fiscalía, el establecimiento de los hechos podría realizarse de la siguiente manera.

Hecho 1: Saco su pistola.

Hecho 2: Puso la pistola a la altura del pecho del cliente.

Hecho 3: El cliente no portaba arma.

Hecho 4: Se produjo un disparo.

Hecho 5: El vigilante nunca pidió auxilio, luego del disparo.

Hecho 6: El vigilante camino a su costado.

Conclusión: Tuvo la intención de matar.

Como se puede ver, la conclusión solo es el reflejo de hechos anteriores, sobre los cuales construyo la teoría del caso y que será probada en todo el juicio.

Del mismo modo, sobre la base de hechos, la defensa podría empezar con los siguientes hechos:

Hecho 1: El vigilante tiene 18 años.

Hecho 2: No tiene licencia para portar armas.

Hecho 3: Nunca fue capacitado en vigilancia.

Hecho 4: Estaba trabajando 26 horas sin descanso.

Hecho 5: No es egresado de ninguna fuerza armada.

Hecho 6: Entro a trabajar dos días antes.

Conclusión: no sabía manejar armas, se le escapó un disparo sin intención.

Como se puede ver, sobre el mismo caso, se ha construido otra versión creíble, siempre sobre la base de hechos que lleven a probar una conclusión.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es preciso destacar que de la variedad de hechos que podamos encontrar, el meollo del asunto está en diferenciar los hechos controvertidos de aquellos hechos que no son controvertidos. Un ejemplo sencillo para que se pueda entender: «en un caso de homicidio, resultaría vano discutir sobre la existencia de un muerto, este es un hecho no controvertido, lo relevante en este caso, para la defensa sería establecer que su cliente actuó bajo la causal de justificación, legítima defensa. Afirmación que terminaría siendo controvertida».

a. La ubicación de los hechos para la construcción de la teoría del caso

¿De dónde se han podido obtener los hechos? La respuesta es demás sencilla. Realizado un hecho, en su comisión siempre aparecerán las llamadas fuentes de información, las que pueden ser: testigos, peritos, objetos y documentos. Serán estas fuentes de información las que nos otorgarán los hechos.

Por lo dicho anteriormente, los hechos vienen a constituir el norte, el núcleo, la columna vertebral de la teoría del caso, si no tengo hechos, solo tengo opiniones o especulaciones, las mismas que por su falta de respaldo, son fácilmente destruibles en el proceso. Por eso un hecho se encuentra fortalecido cuando lo puedo probar sin que constituya una especulación, interpretación o una opinión.

Dentro del proceso es pecado hablar de opiniones o especulaciones. Precisamente por su falta de respaldo probatorio, una opinión es fácilmente objetable por la parte contraria, objeción que se hará difícil de absolver ya que al ser una opinión solo tiene base en el pensamiento de quien la expresó, mejor dicho, nunca se podrá probar. Por ejemplo:

Defensa: Testigo, ¿el día de los hechos la víctima vestía ropa provocativa?

Fiscal: Objeción, el ser ropa provocativa o no, depende de la percepción de cada quien, las desviaciones sexuales de las que pueda ser portador una persona por ejemplo.

Muy por el contrario, si de «hechos» se trata, ninguna de las partes, ni el propio testigo, podrá refutar nuestro planteamiento.

Imagínese el siguiente escenario en un caso de violación sexual:

Defensa: Srta. ¿el día de los hechos usted vestía ropa provocativa?

Víctima: Provocativa para usted, para mí es cómoda, ya que todas las mañanas suelo salir a correr.

Muy por el contrario, si la teoría del caso se encuentra bien planteada, y por tanto las preguntas se realizan sobre hechos, ni la parte contraria, ni el propio testigo o víctima podrían refutarlas. Por ejemplo:

Defensa: Señorita, ¿dónde se encontraba el día de los hechos? Víctima: Salí a correr como de costumbre.

Defensa: ¿Cómo vestía?

Víctima: Traía puestos unos leggins.

Defensa: ¿Qué son leggins?

Víctima: Son pantalonetas ajustadas, muy cómodas para hacer ejercicio.

Defensa: ¿Después de correr que hizo?

Víctima: Confiada, fui a ver a mi agresor Defensa: ¿Con los leggins puestos?

Víctima: Sí.

Como se puede ver, lo que buscaba la defensa, se ha logrado establecer a través de hechos y no a través de opiniones o conclusiones, como es el decir: *«la ropa que traía era provocativa»*.

b. Selección de hechos para nuestra teoría del caso

Cada una de las partes escogerá de los hechos aquellos que más le convenga, es decir, «cada quien lleva agua a su propio molino». La fiscalía escogerá los hechos que más le favorecen, al igual que la defensa; todo siempre pensando en su teoría del caso, ya sea en su construcción o en su probanza.

En esa misma lógica, las partes también podrán escoger desde qué momento empiezan a narrar su historia. Por ejemplo, en un caso de parricidio, la fiscalía empezará su narración desde el día mismo de la comisión de los hechos, mientras que por el otro lado, la defensa empezará su historia contando cómo la homicida era víctima de constantes maltratos por parte de su esposo, hoy fallecido, quien tenía varias denuncias por lesiones y otras por maltrato familiar, quien al mismo tiempo de no coadyuvar al mantenimiento del hogar, abusaba constantemente no solo de ella, sino también de sus propios hijos.

Con este ejemplo, debe entenderse que nosotros podemos recoger nuestros hechos, escoger aquellos que más convengan a nuestra teoría del caso y luego en la narración de nuestra historia empezar por el momento que más conveniente pueda resultar para nosotros.

Cada parte contará el caso a manera de historia según su visión de lo que realmente sucedió.

8.4. La importancia de la investigación preparatoria en la construcción de la teoría del caso

En el caso del Ministerio Público, bien podemos sostener que solo con una buena investigación se consiguen los elementos necesarios para formar una consistente teoría del caso, es decir, si una investigación preparatoria es diligente y se han logrado reunir la mayor cantidad y calidad de fuentes de información, la teoría del caso se verá reforzada. Por el contrario, si la investigación es deficiente, no se han reunido fuentes de información o las que se han logrado reunir no son suficientes, es poco probable acabar el proceso con un resultado favorable.

Si se realiza una buena investigación, ello coadyuvará en primer lugar a la toma de buenas decisiones, desde el poder archivar un caso bajo los parámetro de legalidad, hasta llegar a negociaciones con la parte contrincante, es decir, salidas alternativas como el principio de oportunidad, terminación anticipada, etc.

Ello es cierto en la medida de que la investigación diligente trae consigo menos posibilidades de defensa, a lo que como argumento de escape, a la parte contraria no le queda más que intentar una conciliación.

Por ello, para el caso de la fiscalía, una buena teoría del caso, nace de una buena investigación preparatoria.

Si se desarrolla una excelente investigación preparatoria a lo largo del juicio oral, la única actividad a realizar por la fiscalía, consiste en llevar a las fuentes de información ante el juez para convencerlo de que su versión de los hechos es la más creíble.

¿Y en qué momento se formula acusación?, se llegará a este punto, si y solo si, de las fuentes de información obtenidas, llegas a construir una teoría del caso, de no ser así es procedente el archivo o en todo caso dictar el sobreseimiento. De este razonamiento se puede sostener que la acusación fiscal no es más que la teoría del caso del Ministerio Público plasmada en papel.

El sistema acusatorio, por su condición netamente adversarial, impone una obligación más fuerte al fiscal, en la medida que le exige que sea más responsable y entienda que cuando decide acusar, es porque sabe cómo probar esa acusación y que será a través de los elementos que aportará y que se convertirán en pruebas en el juicio que podrá tener éxito. Nadie le exige a un fiscal que acuse, pero si lo hace, debe poder sostener probatoriamente esa acusación y para ello será vital que haya elaborado con total rigurosidad la teoría del caso[121].

Un protocolo de investigación según ANDERSON, TWINING y SCHUM señala lo siguiente:

- Clarificar el punto de vista.

---

[121] SOLORZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 126.

- Formular la hipótesis provisional del caso.
- Formular los elementos constitutivos de la hipótesis del caso.
- Formular la hipótesis provisional del caso.
- Registrar la información disponible.
- Preparar el producto.
- Refinar y completar el análisis.

Según ANDERSON, TWINING y SCHUM, el primer paso es responder las siguientes preguntas:

- ¿Quién soy? Hace referencia al papel del abogado dentro del caso: Abogado de parte, fiscal, actor civil, entre otros.
- ¿En qué etapa del proceso estoy?, (tiempo) son diversas etapas en las que el abogado puede tomar el caso, por lo que debe de tener en cuenta determinados límites en el tiempo de desarrollo. La etapa de la investigación se caracteriza por ser flexible ya que en ella se formula la teoría del caso a utilizar. No obstante, en la fase decisoria hasta la de pos decisión se caracteriza por mayor formalismo y preclusión en la actuación de los abogados y el Juez.
- ¿Qué materiales están disponibles para el análisis? (evidencia). La evaluación de la evidencia permitirá identificar qué tan sólida es la hipótesis a utilizar y si ésta debe de ser modificada para constituir la teoría del caso.
- ¿Qué estoy tratando de hacer? (objetivos). Estos varían según la función que cumple en operador del derecho dentro del proceso.

Para una adecuada planificación de la teoría del caso, también podemos recurrir a los criterios establecidos por SOLÓRZANO GARAVITO[122]:

8.5. Estructura de la teoría del caso

Para establecer correctamente la teoría del caso que se llegará a formular en juicio oral se debe previamente verificar: a) Qué propo-

[122] *Ibidem*, p. 125.

siciones fácticas son las que respaldan la teoría del caso (elemento factico); b) En qué teoría jurídica encuadrarán los hechos (elemento jurídico); c) Qué elementos probatorios permiten sostener cada una de las proposiciones fácticas establecidas.

a. Elemento fáctico

Muchos autores chilenos establecen que para reforzar la teoría del caso se recurre a lo que denominan «proposiciones fácticas»[123], es decir, afirmaciones de hecho que satisfacen un elemento legal de la teoría jurídica que se intentará acreditar[124].

La proposición fáctica o elemento fáctico se encuentra compuesto de un cúmulo de fundamentos que han podido ser extraídos de aquellas fuentes de información que posteriormente presentaremos al juzgador en juicio oral.

Será labor de quien construye su hipótesis determinar cuáles son los hechos que deben convocar la atención, porque siempre existen unos que son relevantes, y otros que definitivamente no lo son, y solo en la medida que se tengan claros cuáles importan podremos entrar a establecer cómo se prueban o desvirtúan en el juicio[125].

Son las afirmaciones fácticas, respecto del caso en concreto las experiencias de quienes han tenido contacto con el hecho delictivo, por ello muchas veces los relatos de los testigos determinarán el contenido de las afirmaciones de hecho del caso[126].

Este elemento fáctico debe contener en su relato, todo aquello que pueda haber asimilado información respecto de cómo pudieron llevarse a cabo los hechos. Por ejemplo, a juicio oral tendrán que ser llevados para establecer los hechos: Testigos, víctimas, instrumentos con los que se llevó a cabo el hecho, el objeto sobre el que ha recaído la acción, etc.

---

[123] Así denominado por BERGMAN, Paul, *La Defensa en Juicio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pp. 23 y ss.

[124] Cfr. BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.*, *Litigación Estratégica en el nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 23.

[125] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 131.

[126] Cfr. NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, Idemsa, Lima, 2010, p. 737.

b. Elemento jurídico

Según Víctor LEÓN PARADA los elementos jurídicos son los componentes básicos de la constitución de una norma penal la cual se soporta en la tipicidad, la culpabilidad y la antijuricidad. Es este el punto de partida para el inicio de la investigación penal. Se fundamenta en la adecuación típica de la conducta, los hechos y el marco sancionador que dispone la ley. Es el encuadramiento de los hechos dentro de la norma penal aplicable[127].

Una vez obtenidos los hechos adquiridos de las fuentes de información, estos no quedan aislados, el paso siguiente es encuadrarlos en una norma, y para ello, la descomposición de la norma es un factor fundamental. Ello debido a que los tipos penales son complejos, es decir, contienen una variedad de elementos. Y para poder relacionar cada uno de estos elementos con los hechos previamente establecidos, es preciso disgregar cada uno. Para ello, ya todo buen litigante que conoce la teoría del delito empezará disgregando los elementos típicos, antijurídicos y culpables.

El establecimiento de hechos importantes, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es decir, cada parte selecciona los hechos que mejor se acomoden; como señala NEYRA FLORES[128] pueden establecerse a través de las siguientes preguntas:

- ¿Cuándo? (elemento temporal).
- ¿Dónde? (elemento de ubicación).
- ¿Quién realizó la acción u omisión punible? (sujeto activo del delito).
- ¿Qué hizo? (acción imputada).
- ¿A quién se lo hizo? (sujeto pasivo del delito).
- ¿Cómo? (circunstancia de modo).
- ¿Con qué? (instrumento).
- ¿Cuál fue el resultado? (resultado de la acción u omisión).
- ¿Por qué? (móvil).
- Etc.

[127] Cfr. LEÓN PARADA, Víctor, *ABC del nuevo Sistema Acusatorio Penal*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2005, p. 217.

[128] Cfr. NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, Idemsa, Lima, 2010, p. 737.

Al mismo tiempo los tipos penales son abstractos, es decir su construcción está basada en supuestos genéricos, de ahí que es la conducta la que tiene que adecuarse al tipo penal correcto.

Por ejemplo, en el delito de robo los elementos concurrentes podrían ser: apoderamiento, sustracción, bien mueble, violencia, amenaza, dos o más personas, etc.; una vez descompuestos los hechos y descompuestos los elementos del tipo penal, empiezo a unir cada elemento con su correspondiente, es decir se empiezan a armar parejas, por ejemplo:

HECHOS	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ROBO AGRAVADO
Le dio dos patadas en los testículos	Violencia
Le quitó su billetera con 2000 dólares	Apoderamiento
Le dijo el dinero o la vida	Amenaza
Le mostró un revólver marca Taurus	Mano armada

Se puede presentar el caso donde algunos hechos no encuadran en los elementos desglosados del tipo penal, es decir no tengo donde empatarlos; para esa situación pasas a escoger otro tipo penal en el que probablemente sí encaje. Por ejemplo, no tengo elemento para la violencia:

HECHOS	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ROBO AGRAVADO
	Violencia
Le arrebató su billetera con 2000 dólares	Apoderamiento
Carlos distraía a la víctima, Jorge sacaba la billetera.	Dos o más personas

En ese caso, ya no recurro al tipo penal de robo y ubico mis hechos en el tipo penal de hurto en el que no necesitaré probar el elemento violencia y así, ya puedes armar tu teoría del caso.

Como puede colegirse, en algunos casos se pueden presentar una variedad de hechos para poder probar un solo elemento jurídico, o en todo caso, un elemento fáctico para cada elemento jurídico como mínimo. De esta forma, los hechos previamente establecidos podrán ser probados, de ahí que Carlos SOLÓRZANO señale: *«en el elemento jurídico está determinado todo el contexto jurídico o si se quiere todo el componente jurídico de la teoría, a través del cual vamos a darle una respuesta jurídica a esos hechos que se buscan probar»*[129].

c. Elemento probatorio

Esta teoría es el modo de comprobar ante el juez los planteamientos formulados[130].

Generalmente los casos que llegan a nivel de juicio oral son aquellos en los cuales la prueba por sí sola no puede establecer el cómo se llevaron a cabo los hechos; por ejemplo, práctico es un caso en el cual el hecho fue registrado por audio y video, o en palabras de AYTELMAN y DUCE *sería una fortuna que para cada juicio pudiéramos tener información objetiva, imparcial, completa*[131].

Sin embargo, por regla general, los hechos nunca se presentan de esa forma y por el contrario la prueba en el mejor de los casos es escasa, lográndose establecer al final solo una lucha de versiones, en la que solo saldrá victorioso aquel que presente la versión más creíble, o en términos jurídicos, aquella versión que establezca una realidad más allá de toda duda razonable.

Siendo así, resulta completamente determinante que podamos mostrar al tribunal con toda claridad y credibilidad nuestra versión de los hechos, y eso es una cuestión estratégica en términos de cómo obtener de la prueba la información que la prueba contiene y cómo estructurar esa información de modo que los jueces obtengan lo que necesitan de ella para resolver correctamente[132].

---

[129] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 131.

[130] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, p. 56.

[131] *Ibidem*, p. 91.

[132] *Ibidem*, p. 93.

Una vez establecidos los hechos y teniendo cada hecho aparejado con un elemento desglosado del tipo penal, corresponde establecer con qué fuente de información llegaré a probar ese hecho.

Para ello, las fuentes de información de donde pudiste obtener los hechos de tu teoría del caso, tienes que ofrecerlos al proceso. Estas fuentes de prueba se introducen al proceso penal a través de los cauces legales preestablecidos por el ordenamiento procesal, a estos procedimientos, vías o instrumentos legales se le denominan medios probatorios.

Este elemento permite establecer cuáles son las pruebas convenientes que soporten la conducta punible y de responsabilidad del acusado, o en su caso, la ausencia de estos requisitos para el caso de la defensa.

Establecido que los tipos penales son abstractos y genéricos, y que los hechos deben adecuarse a esos elementos jurídicos, es la prueba la que finalmente terminará por crear convicción en el juzgador, sin embargo, la prueba no puede hablar en términos jurídicos.

Por ejemplo, un testigo no podrá decir *«el acusado desplegó una representación dolosa que me indujo a error a resultas del cual dispuse de mi patrimonio con perjuicios»;* pues la mayoría de estos elementos están fuera de la percepción de sus sentidos, incluso fuera de su conocimiento vulgar[133]. Estas conclusiones deberán ser establecidas por el propio juzgador, pero del dicho simple del testigo, de una versión real de lo sucedido y en un lenguaje común. Ahí el litigante deberá hacer que el testigo se refiera en términos simples a través de hechos, a cada uno de los elementos jurídicos que pretenda establecer.

Es así que, la prueba recae siempre sobre las proposiciones fácticas previamente establecidas, la actividad probatoria nunca recae sobre los elementos legales de la teoría jurídica[134], ya que como vimos estas premisas son abstractas y generales no planteadas para casos concretos.

---

[133] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigaáón Penal, Juicio Oral y Prueba,* Alternativas, Lima, 2005, p. 95.

[134] *Ibidem,* p. 99.

Dicho ello, en un proceso penal, que gane o pierda depende de cómo llegue a realizar mi teoría del caso y cómo se la presento al juez, para que en base a mis hechos establecidos en elementos jurídicos desglosados y cada uno con un elemento probatorio que lo ratifique, pueda decir que mi versión de los hechos es la más creíble.

Recuérdese que el proceso penal si bien busca la realidad, ésta solo la conoce Dios y a esa nunca se podrá arribar, la verdad material, histórica de los hechos, las intenciones, los pensamientos solo la sabrán, y así seguirá hasta su muerte, aquellas personas que participaron en el hecho; sin embargo a lo que en un proceso penal se puede arribar es a sentenciar, lo decimos en términos jurídicos, con convicción más allá de toda duda razonable o con certeza, que es lo más cerca que se puede llegar a la realidad, y para ello, es preciso que el juzgador, tenga por más creíble nuestra historia de cómo llegaron a suceder los hechos.

La verdad que se obtiene en un proceso penal no es una verdad real, es una verdad construida. Es que la verdad real o verdad histórica ha quedado en el pasado y no existen formas de reproducirla, por eso el proceso penal se propone, con menos pretensión, aproximarse a ella a través de una versión construida de la verdad[135].

Sin embargo, estas versiones están condicionadas a las valoraciones de las personas, ideas, costumbres, formación, prejuicios, etc. Dicho en otros términos, una persona de baja estatura, dirá que el agresor fue una persona alta, y *contrario sensu*, una persona alta, siempre dirá que el agresor fue una persona de baja estatura; todo depende de con que lentes sean vistos los hechos.

El método del acusatorio es «falsacionista», es decir, nada es cierto, en el proceso, hasta antes de la contradicción que será resuelta por la sentencia, solo existen versiones; sin embargo, estas versiones se vuelven creíbles cuando son sometidas al contradictorio, si se presumía que todo era falso, subjetivo, valorativo o tendencioso, con su sometimiento al contradictorio se presume lo contrario y el argumento cobra fuerza.

---

[135] Cfr. REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Litigación Estratégica y Técnicas de Persuasión Aplicadas al Nuevo Proceso Penal*, Grijley, Lima, 2009, p. 13.

Por el contrario, con el Código de Procedimientos Penales de modelo inquisitivo, el método usado es el tautológico que parte de verdades preestablecidas o también llamadas verdad previa, al partir de ideas preconcebidas, el proceso penal solo sirve para confirmar una verdad previa. Afirmación que aun históricamente se confirma, por ejemplo en la Santa Inquisición se partía de una verdad y simplemente se confirmaba con la confesión obtenida a base de la tortura.

Han pasado varios años y, en aquellos distritos judiciales donde aún se encuentra en aplicación el Código de Procedimientos Penales, se sigue buscando lo mismo, se sigue buscando una verdad preestablecida, lo único que ha variado para estos tiempo es la eliminación de la tortura, es decir el proceso se ha humanizado, se ha convertido en uno respetuoso de los derechos fundamentales, en alguna medida.

Por último no debe olvidar lo señalado hasta este punto, ya que una teoría del caso bien planteada le servirá para desarrollar todas las etapas del juicio oral como son: alegatos de apertura, interrogatorio, contrainterrogatorio y alegatos de clausura.

IX
Los alegatos de apertura

Hasta el punto anterior hemos podido desarrollar cómo debe construirse nuestra visión de los hechos o también llamada Teoría del Caso. Establecida nuestra posición bajo elementos tácticos, que encuadren en elementos jurídicos y que sean respaldados por elementos probatorios, corresponde ahora realizar la presentación de nuestro trabajo; y el momento oportuno e indicado, como lo establece el Código Procesal Penal, es el alegato de apertura.

Si su teoría del caso se encuentra construida respetando los criterios ya establecidos en el capítulo anterior, este apartado solo ayudará a realizar la presentación de un buen trabajo previo. En términos comerciales, para que pueda entenderse mejor, si ya ha elaborado su producto, esta es la instancia para ofrecerlo al consumidor (en este caso el Juez penal). El consumidor, debe verse atraído por su elaboración, es decir, debe parecerle el producto más atractivo del mercado.

Su misión, como litigante, en esta instancia, es hacer que el juez compre su «versión creíble» de los hechos. Tenga siempre en cuenta que los jueces se figuran la acción, pero no la pueden ver, por eso se dice que el juicio oral es una batalla por la imaginación del juzgador[136].

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 reconoce esta etapa en su artículo 371°, inciso 2., cuando señala que: «*El Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y*

[136] Cfr. Ortega Jarpa, Waldo, *Litigación Oral en el Proceso Penal*, Editorial Universidad Católica de la Santísima Concepción, Santiago, Chile, 2012, p. 69.

las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas».

Presentados los argumentos del fiscal, actor civil, tercero civil y defensa sobre lo que en el proceso se dedicarán a probar; el Juzgador, cual consumidor en el mercado jurídico que oferta «visiones creíbles de lo sucedido», centrará su atención en una de las versiones que se le presenten, para luego, esperar con ansias la presentación de la prueba que confirme que su instinto, que su creencia en una de las teorías, era correcta.

Siendo así, será el alegato de apertura el momento en el cual el Juzgador tomará una posición en cuanto al hecho en controversia.

Por ello, la forma en que usted como litigante presente su «versión de los hechos», tendrá demasiada importancia, tanto así que podemos asegurarle que en este momento usted puede ganar el 50% de todo el proceso. Si el Juez acepta su versión cuando se la presente, al momento de la actuación de la prueba, es probable que éste solo se dedicará a rebuscar elementos que corroboren la versión que desde un inicio tenía por cierta.

Como hemos dejado establecido en el capítulo anterior, la presentación de nuestra teoría del caso debe realizarse a manera de historia, una historia sencilla y fácil de recordar. La historia debe ser narrada de tal forma que el juez a través de la voz de quien la presenta se ubique en el contexto de la misma[137].

Recuerde que el Juez penal recién tendrá contacto con su caso el día que lo escuche realizar sus alegatos de apertura. Es el Juez de Investigación Preparatoria quien después de haber controlado y saneado el caso, entrega al Juez penal el caso como una hoja en blanco. Este Juzgador sin contaminaciones, recibe las primeras versiones en el alegato de apertura; por ello, tanta importancia a este apartado.

---

[137] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 166.

Asimismo debe tener presente, a fin de demostrar el valor de este punto, que el discurso de apertura además de señalar cuál es la versión de los hechos desde nuestra perspectiva; o poder mostrar las debilidades del contrincante, tiene las siguientes virtudes:

a) Señalar al tribunal que la versión del fiscal o defensa no es la única que escucharán durante el juicio.

b) Que la versión del fiscal o defensa, aun cuando en principio pueda parecer en extremo convincente, tiene el defecto que usted anticipará y que acreditará a través de sus contraexámenes o por la prueba que rendirá durante el curso de la audiencia.

c) Es conveniente para favorecer la tarea del tribunal al resolver objeciones sobre la pertinencia o no de determinadas preguntas.

En definitiva, a través del alegato de apertura construiremos el punto de vista a través del cual sugeriremos al tribunal examinar nuestro caso y prueba, de forma que puede arribar a las conclusiones que estimamos correctas para nuestro caso.

Sin ofrecerle este punto de vista arriesgamos que el tribunal mire el caso desde perspectivas que podrían ser disfuncionales a nuestros objetivos de litigación y en consecuencia pierdan parte importante de la riqueza de la información que le transmitiremos durante el desarrollo del juicio.

Sobre esta base, se sostiene que la litigación en el juicio oral está focalizada fundamentalmente en un debate sobre hechos, esto es, en una competencia de relatos o historias que los litigantes presentan a terceros imparciales que no poseen antecedentes previos sobre el caso, a excepción de los hechos que vienen sucintamente presentados en el auto de apertura del juicio oral[138].

A continuación le brindaremos algunas pautas para la correcta construcción y realización de un alegato de apertura, siempre apuntando, como señala Leo ROMERO, catedrático de la facultad de leyes

[138] Cfr. BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005, p. 155.

de la Universidad de Nuevo México, a que el discurso de apertura sea como la portada de un libro: «*Interesante y persuasivo*»[139].

9.1. Conceptualización

La palabra «alegato» proviene del latín «*allegatus*», que se refiere al escrito en el que el abogado expone: «*lo que conduce al derecho de la causa que defiende*».

El alegato de apertura en el juicio oral es la narración de una historia de manera clara, sencilla, cronológicamente ordenada, interesante, dotada de credibilidad y de una gran fuerza persuasiva.

Constituye el primer relato de las partes ante el tribunal oral en lo penal, cuyo objetivo principal es dar a conocer la teoría del caso y ofrecer a los jueces una mirada particular sobre los hechos.

Algunos autores la conceptualizan como aquel relato inicial que presenta los hechos desde la posición de cada litigante, con el objeto de ofrecer al tribunal una óptica, lente, o mirada coherente, completa y creíble de los mismos, a partir de la cual los jueces logren ordenar, entender y aceptar los hechos del caso[140].

BAYTELMAN y DUCE señalan que el objeto de estos alegatos de apertura consiste en «presentar al tribunal la teoría del caso de cada parte y hacer una cierta «*promesa*» acerca de que hechos, en términos generales, quedarán acreditados a partir de la prueba»[141].

En la misma línea, pero en palabras de Paul BERGMAN, es una reseña previa, más que un análisis; un panorama verbal que propone el abogado para ayudar al juzgador a entender el significado de la evidencia que llegará después. La trillada frase «*La evidencia demostrará*», es de uso frecuente, aunque no indispensable, en esta declaración inaugural[142].

---

[139] Cfr. ROMERO, Leo, en FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*, vol. II, 2ª ed., Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2010, p. 80.

[140] Cfr. BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.*, *Litigation Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 156.

[141] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, Colección Derecho: *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Imprenta Salesianos, Santiago de Chile, 2004, p. 34.

[142] Cfr. BERGMAN, Paul, en FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*, vol. II, 2ª ed., Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2010, p. 80.

El alegato de apertura servirá para formar los fundamentos a los razonamientos finales que tendrán los jueces en su decisión final. Debe ser racional y no demasiado extenso, a menos que la complejidad del asunto así lo requiera.

Por expreso mandato legal en algunos eventos, por lógica y por estrategia en otros, no es argumentativo. Consiste más bien en explicar los hechos, la acusación y los planteamientos de la defensa. Se trata de anticipar al jurado qué es lo que cada uno intentará demostrar a través de la prueba a producirse»[143].

Por nuestra parte, entendemos que el alegato de apertura *es el momento de oferta que se le hace al juzgador*. Imagine usted un mercado jurídico de «visiones creíbles» que presentan cada una de las partes; de todas ellas, como litigante, lo que debe conseguir es que el Juzgador compre su versión creíble y la haga suya. En su oferta usted desarrollará la teoría del caso que previamente ha establecido, enunciará sus elementos tácticos que llegan a encuadrar en elementos jurídicos, y que a la vez serán respaldados por elementos probatorios. El señalamiento de «actuaciones a futuro», hará que el Juzgador se encuentre a la expectativa de que suceda lo prometido; es decir, usted anunciará por ejemplo, la concurrencia del testigo que narrará cómo la acusada era víctima de constantes maltratos por parte de su hoy fallecido esposo, asimismo le ofrecerá al juez traer a un perito en psicología quien ha llegado a establecer que la acusada, a causa de la violencia familiar de la que era víctima, ha desarrollado un trastorno psicopático. Por ello, ese momento en el que usted esté realizando su alegato de apertura, ofreciendo hechos o actuaciones a futuro al juzgador, éste a lo largo del proceso solo se encontrará a la expectativa de su realización.

Terminado su alegato de apertura, el litigante debe haber logrado dos cosas, o como mínimo la primera:

a. Que el Juez ENTIENDA.

b. Que el Juez CREA.

---

[143] Cfr. HENDLER, Edmundo, en FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*, vol. II, 2ª ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2010, p. 81.

Si se ha logrado a) que el Juez «ENTIENDA», el desarrollo del proceso aun será duro, pero se llevará a cabo con la atención del Juez en nuestra posición. Y el convencerlo al final será nuestra meta. Si el juzgador comprendió lo que queríamos transmitir, entendió nuestra teoría del caso aun cuando no la haga suya. En términos simples: «*respeto tu opinión pero no la comparto*». Este entendimiento hace que el Juzgador, sin compartir nuestra visión de los hechos, ponga atención en la actuación de nuestra prueba, teniendo en cuenta cada uno de los puntos que se han expuesto, aun cuando no los haya hechos suyos; ello hará que nuestro esfuerzo sea mayor a lo largo del proceso, ya que tenemos que lograr que el Juzgador compre nuestra versión como la más creíble al final del mismo.

Sin embargo, si se ha logrado b) que el Juez nos «CREA», el proceso empezará con una victoria. Es empezar la batalla con el árbitro convencido de que nuestra visión de los hechos es la correcta. Si hemos logrado que el juzgador asimile nuestra posición, a lo largo del proceso solo le quedará verificar aquello de lo que ya se encuentra convencido desde el inicio del proceso. Explicado en términos simples, el Juzgador que hasta la realización de su alegato de apertura no tuvo conocimiento del caso, escuchando su exposición queda convencido de que esa es la posición correcta, cuando se continúe con el proceso, se encontrará ansioso de ver lo que le prometió y resolver conforme ya había establecido en un inicio.

También es importante mencionar, que si bien es cierto, la defensa no se encuentra obligada a realizar el alegato de apertura, es aconsejable y en muchas ocasiones conveniente hacerlo, ya que se trata de mostrar las piezas centrales que constituyen el caso de una manera ordenada y comprensible. Si la defensa es negativa y por tanto quedará inerte (sosteniendo que la parte contraria no podrá derribar la garantía de la presunción de inocencia), este tipo de defensa es válida, mas no es aconsejable desde nuestra visión pragmática. Debido a que es preferible, en el sistema adversarial, una defensa positiva que no solo cuestione los elementos fácticos y probatorios de la contraparte, sino que además presente los suyos, con mayor razón siendo el proceso penal una batalla por la creencia del juez.

En el caso de la fiscalía, la situación se presenta de diferente manera, ya que al ser el titular de la acción penal, requiere necesariamente una visión de los hechos, es decir una teoría del caso. De no ser así, simplemente el caso no llegaría a instancia de juicio oral.

9.2. Algunas recomendaciones previas

a. Conocer el caso

El abogado o el Fiscal que tengan que participar en un proceso, no siempre lo harán desde el inicio del mismo, sin embargo, aun sin haber planteado una teoría del caso desde un inicio, sea cualquiera el momento el que la parte se hace cargo del caso, éste deberá ser conocido en su totalidad. El caso deberá ser dominado profundamente.

En aquellos que participaron desde un inicio, esta recomendación también aplica, aunque resulte redundante, ya que la participación inicial necesariamente implica conocimiento avanzado de lo sucedido. Por ello, esta recomendación está dirigida para aquellos intervinientes que se introducen al análisis de hecho en un momento avanzado del proceso. Estos tienen una obligación mayor de conocimiento.

Como señala Pedro ANGULO, «el estudio del caso debe convertirse en una fuente de identificación de las fortalezas y debilidades y servirá para estructurar la estrategia más conveniente para enfrentar el contradictorio».[144]

b. El lema

Desde nuestra perspectiva, el lema debe ser aquella frase que sintetice nuestra teoría del caso, debe tener la capacidad para transmitir nuestra visión de los hechos y resumir la cuestión que será conocida por el tribunal.

Este lema debe iniciar el alegato de apertura, creando impresión en el juzgador y centrando su atención en nuestro caso, para que pueda comprender de qué trata lo que empezaremos a argumentar. Por ello, luego de la utilización del «lema» que el litigante

---

[144] Cfr. ANGULO ARANA, Pedro, *Los Alegatos en el Nuevo Juicio Oral*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 22.

ha relacionado con el caso, corresponde explicar con palabras claras, precisas y directas la teoría del caso que se pretende plantear al tribunal.

Cuando termine su alegato de apertura, el juez debe recordar su caso a través de su lema; así, cuando quiera recordar sobre qué trataba el caso, lo primero en lo que pensara será: ¡Este es el caso del «*homicidio por maltrato constante*»!, por ejemplo. Por eso tanto al inicio como al final, su alegato de apertura debe empezar y terminar con la enunciación de su lema. Así, al inicio hizo que el juez centre su atención en su exposición y al final, terminó por dejar impregnada en su mente su idea del caso, expresada en un lema.

Para poder elaborar un buen lema, no debe olvidar las reglas básicas de todo proceso de comunicación (resumido, no aburrido y que logre transmitir nuestra idea), si somos capaces de identificar en pocas palabras el contenido central de lo debatido en el juicio y repetimos ese mensaje en diversos momentos del juicio, no solo habremos captado la atención del tribunal, sino que habremos avanzado de manera eficaz en fijar esa idea o concepto en la mente del juzgador.

Concordante con lo señalado, Solórzano Garavito establece que en el alegato de apertura «*se señala el tema de la teoría del caso, generalmente dándosele un título que no necesariamente debe ser jurídico, pero que va a ubicar inmediatamente al juez*[145].

c. Conexión de ideas

Esta conexión a ideas externas debe realizarse según el rol del litigante, ello, para generar un relato en torno a su posición en la teoría del caso. Por ejemplo, una importante conexión consiste en HACER REFERENCIA AL BIEN JURÍDICO Y/O VALOR EN DEBATE EN EL JUICIO, como primera idea para graficar la relevancia de lo que se juzga. Esta idea resulta particularmente atractiva cuando se trata de delitos violentos o contra la libertad o indemnidad sexual.

También es importante HACER REFERENCIA A OBJETOS, ello debido a que estos pueden causar impresiones más fuertes en el Juz-

[145] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 165.

gador. Por ejemplo, en caso de ser fiscal o querellante, el arma de fuego empleada en el delito o una foto de la víctima o indicarla al tribunal presentándosela al mismo. En caso de ser el defensor, indicar al acusado para presentarlo al tribunal utilizando alguna idea asociada a su vida personal que haya cambiado luego de su imputación y acusación.

Cabe precisar que es sumamente importante utilizar como elementos iniciales del discurso de apertura, o en algún momento posterior del mismo, TEMÁTICAS SOCIOLÓGICAS, PSICOLÓGICAS, ANTROPOLÓGICAS U OTRAS. Ello se justifica por la necesidad de ganar la atención del juzgador, contribuir a dotar de sostén científico o técnico complementario a la petición que se realiza y dotar de mayor verosimilitud al hecho que se describe.

d. El apoyo en ciencias auxiliares

A continuación planteamos un ejemplo práctico donde podemos ver como el apoyo en ciencias auxiliares sirve para justificar o explicar alguna acción, reacción o secuencia de hechos; ello permitirá acercar a la mente del juzgador conocimiento científicamente afianzado y contribuir incluso a consolidar las máximas de la experiencia que puedan relacionarse con tal conocimiento:

SEÑALAR ESTADÍSTICAS SOBRE EL DELITO QUE SE PRESENTARÁ. En caso de estar frente a un delito de robo agravado, puede buscarse el número de hechos que configuren este delito y que se comente en la ciudad cada día. De esta forma, si se estima que el juicio durará un mes, y el promedio indica un robo con agravantes al día (este es un número arbitrario que no necesariamente corresponde a la realidad), puede señalarse a modo de inicio: «*Señores miembros del tribunal oral, este juicio durará aproximadamente un mes, en el trascurso del cual otras trescientas personas serán asaltadas en la ciudad de Lima. Esa es la estadística oficial*».

A este dato inicial puede agregarse aún la cifra negra de denuncias (la cifra que se emplea resulta ser arbitraria y no responde a la realidad). De este modo, se puede decir: «*Señores miembros del tribunal oral, este juicio durará aproximadamente un mes, en el trascurso de la cual trescientas personas serán asaltadas. Esa es la estadística oficial. De esas trescientas personas solo una se atreverá a denunciar a su victimario*».

A este dato estadístico puede añadirse un elemento de humanización de la víctima con lo que las ideas iniciales podrían quedar estructuradas de la siguiente forma: «*Señores miembros del tribunal oral, este juicio durará aproximadamente un mes, en el trascurso de la cual trescientas personas serán asaltadas. Esta es la estadística oficial. De esas trescientas personas solo una se atreverá a denuncia a su victimario para llevarlo a juicio. Ese es precisamente el caso de la Srta. aquí presente sentada hoy en este tribunal*».

UTILIZAR ESTADÍSTICAS RELACIONADAS CON LUGARES, HORAS O MODUS OPERANDI MÁS FRECUENTES EMPLEADOS EN EL DELITO QUE TRATA EL JUICIO. Este tipo de información estadística será empleada preferentemente por el fiscal, aunque no resulta del todo descartable para el caso del defensor, pues se podrán presentar casos en el que el delito por el que se acusa a alguien se salga precisamente de todos los patrones estadísticos, lo que unido a otros múltiples elementos, puede eventualmente contribuir a generar una duda razonable sobre la participación del acusado en dicho ilícito.

INCORPORAR DATOS SOBRE LOS PERFILES PSICOLÓGICOS MÁS CARACTERÍSTICOS de quienes cometen determinados delitos (datos que pueden resultar útiles para el discurso de apertura de la fiscalía) o en personas que pudieran mentir, engañar o distorsionar la realidad (en el caso de la defensa que desea presentar a la víctima como despechada, prejuiciosa o sesgada).

e. La presentación de los hechos

En el alegato de apertura debe aprovecharse para entregar al tribunal la versión estratégica de lo ocurrido, la versión intencionada que logre generar en los jueces la capacidad de comprender el conjunto de acciones y hechos que luego formarán parte del relato y de los detalles del mismo. Para ello la forma en la presentación será de suma importancia.

Por ejemplo, si se trata de la apertura de la defensa y el caso se vincula con el delito de violación, en el que se cree que el acusado está siendo víctima de un despecho de quien aparece como víctima, una posible aproximación a la teoría del caso a exponer sería la siguiente: «*Señores miembros de tribunal, este caso trata sobre el despecho*

de una mujer que, herida por la decisión de su pareja de terminar con ella, decide amenazarlo y luego denunciarlo por violación como parte de su represalia y rabia que no logró controlar»[146].

En este ejemplo vemos cómo este es el momento exacto dentro del alegato de apertura en el que se debe exponer la teoría del caso de manera clara y precisa, hecho que permite desarrollar a continuación y en el mismo discurso de apertura otros elementos claros y persuasivos que entreguen más detalles sobre la versión estratégica expuesta.

Es preciso señalar también en la presentación de la teoría del caso, la relación de ideas que permitan formar en la mente de los juzgadores la relación y asociaciones que lo predispongan favorablemente con la posición que tiene el ese momento el litigante.

Por ejemplo, si el rol desempeñado es el de fiscal en un caso de violación sexual, resultará relevante que la víctima sea presentada como niña recién egresada del colegio, antes de decir que se trata de una joven que estudia en primer año de universidad.

Para el Juzgador no es lo mismo hablar de una niña que recién finalizó el colegio, a hablar de una estudiante universitaria. Ojo, aquí no se pretende recomendar artimañas que desemboquen en mentira. Que la víctima recién acabó el colegio constituye un hecho cierto, lo único diferente se encuentra en la presentación.

Tras haber expuesto la teoría del caso se puede ahondar en otros elementos del discurso de apertura que generen en el juzgador la sensación de verosimilitud y autosuficiencia en la teoría que se le está planteando.

Para desarrollar esta tarea resulta importante indagar sobre la composición del tribunal oral, conocer la edad de los jueces, el sexo de los integrantes, u otros detalles que contribuyan a definir lo que para tales jueces podría resultar aceptable como máxima de la experiencia[147].

---

[146] Cfr. BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 160.

[147] Cfr. BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 162.

De esta forma el litigante puede optar por presentar algunas características de las personas involucradas en el hecho, lo cual posee como ventajas al acercar y humanizar a la víctima o victimario según sea el caso al tribunal.

Si el alegato de apertura lo plantea el fiscal lo que se deberá pretender es crear en los jueces una predisposición favorable para con la víctima del caso en particular, ya sea presentando aspectos personales de la víctima, relaciones laterales o algunos detalles del cómo se vivió el delito que hagan que el nivel de credibilidad y coherencia vaya en aumento para la discrecionalidad del tribunal oral.

Si el discurso de apertura lo realiza la defensa, entonces se buscarán antecedentes favorables, familiares u otros que permitan generar una idea o imagen positiva del acusado en los juzgadores. Por ejemplo, explicitar que a pesar de las dificultades económicas que ha debido soportar el acusado, y dadas las condiciones del medio en el que éste ha vivido tiene un fuerte compromiso social que se manifiesta a través de los diferentes voluntariados que ha efectuado. Con ellos se logra instalar una idea que contribuya a mejorar la imagen del defendido y predisponer positivamente al tribunal. El secreto se encuentra siempre en la forma de presentación de los hechos.

En esta línea se sostiene que lo relevante es utilizar el tiempo disponible en describir en forma persuasiva y clara la teoría del caso, para poder entregar al tribunal una plantilla o guión sencillo que facilite la comprensión del desarrollo del juicio desde la óptica que propone el litigante respectivo.

f. Lo que no se debe hacer

En este contexto, un error común de los abogados en lo alegatos iniciales es que PARTEN DE LA BASE QUE EL CASO Y SUS DETALLES SON AMPLIAMENTE CONOCIDOS por los jueces. Esto no es así, particularmente en un sistema que se toma en serio los principios de inmediación y contradicción. La información que conocen los jueces antes del alegato de apertura es relativamente menor. Normalmente, se traduce en alguna resolución judicial previa que envió el caso a juicio (el auto de apertura de juicio en nuestro código).

Siendo esto así es fundamental para los litigantes explicarles, en la versión más sencilla posible a los jueces, en qué consiste el caso y cómo debe ser observado o la versión que del mismo debe guiar su observación de la evidencia[148].

No se trata de una discusión central, aunque ciertamente compartimos que la idea básica y más relevante de toda apertura es focalizar la energía del litigante en la presentación de su versión de los hechos del caso, en su trasmisión clara y categórica al tribunal y en rodear a tal teoría del caso de un relato táctico, breve y persuasivo que entregue elementos para justificarla y comprenderla.

Asimismo corresponde realizar en el desarrollo del alegato de apertura, por ser éste la primera etapa del juicio, la presentación de los elementos fácticos del caso y su vinculación con las normas aplicables, sin embargo es un ERROR COMÚN EN LOS ABOGADOS EL EXTRAER CONCLUSIONES DE LA PRUEBA QUE AÚN NO SE HAN PRESENTADO, además de realizar declaraciones argumentativas o conclusiones que, en cambio, sí se podrán presentar en los alegatos finales.

Por otro lado, es preciso NO EXAGERAR EN EL CURSO DEL ALEGATO DE APERTURA LA CALIDAD O BONDADES DE LA PRUEBA que aportará al juicio, pues ello puede traer consigo los siguientes problemas:

a) Presentar la declaración de un testigo como sujeto clave del caso, arriesga el hecho que el testigo no entregue, por temor o nerviosismo, toda la versión, o en la forma convincente que se esperaba de él.

b) Exagerar la prueba, empleando palabras o frases determinadas que eventualmente el testigo trasmitirá al tribunal, genera el riesgo que luego el testigo utilice las mismas frases o palabras provocando la idea que el testigo ha sido preparado incluso en la terminología a emplear, resultando poco convincente.

---

[148] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Manual de litigación en Juicios Orales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2004, p. 173.

c) Otro aspecto que puede ser asociado en forma negativa a la exageración sobre la calidad de la prueba es que se genera una promesa y por tanto una expectativa ante el tribunal que podemos incumplir.

Asimismo, como señalamos en el capítulo anterior, nuestra teoría del caso debe estar construida en hechos y no en conclusiones u opiniones personales. Por ello, en el alegato de apertura se debe evitar hacer referencia a cuál tipo de emisión de opinión personal, ya que el proceso no se construye en base a subjetividades de las partes, sino a hechos que se pueden probar. Recuerde que AL JUEZ NO LE INTERESA SU OPINIÓN, el juzgador solo necesita hechos, hechos y más hechos que siendo probados en el proceso, le puedan servir para lograr sentenciar acorde con la teoría del caso que usted le expuso, teoría que logró convencerlo desde un inicio y que a lo largo del proceso pudo probar.

Por otro lado, al mismo tiempo de no poder ser argumentativo, el alegato de apertura no debe ser un ejercicio retórico o de oratoria, OLVIDE LAS PALABRAS REBUSCADAS del diccionario y exponga en sencillo, recuerde que el Juez, siendo la primera vez que lo escucha debe comprenderlo al máximo.

9.3. Estructura del alegato de apertura

Desde nuestra perspectiva, el alegato de apertura puede estructurarse en cuatro partes:

a. La introducción

La introducción, así como todo el alegato de apertura, deberá ser lo más breve posible, así, el alegato deberá empezar con el lema que previamente estableció para resumir su caso. Este lema debe impactar al juzgador, y hacer que nuestro caso quede impregnado en su memoria. Lo que se debe buscar en este punto es atraer la atención del juzgador y todos los participantes, para que en nuestra parte de ofrecimiento de pruebas y cierre climático, pueda ir construyendo imaginariamente nuestra teoría de caso.

Este lema debe iniciar el alegato de apertura, creando impresión en el juzgador y centrando su atención en nuestro caso, para que pueda comprender de qué trata lo que empezaremos a argumentar. Por ello, luego de la utilización del «lema» que el litigante

ha relacionado con el caso, corresponde explicar con palabras claras, precisas y directas la teoría del caso que se pretende plantear al tribunal. Cuando termine su alegato de apertura, el juez debe recordar su caso a través de su lema; así, cuando quiera recordar sobre que trataba el caso, lo primero en lo que pensará será, por ejemplo: ¡ah!, este es el caso del «*homicidio por maltrato constante*»!

Por eso, tanto al inicio como al final, su alegato de apertura debe empezar y terminar con la enunciación de su lema. Así, si al inicio hizo que el juez centre su atención en su exposición, al final debe terminar por dejar impregnada en la mente del juzgador su idea del caso expresada en un lema.

En conclusión, esta parte introductoria debe cumplir con transmitirle al juez cuál es nuestra visión de lo hechos, un preámbulo de lo que a lo largo del proceso defenderemos con argumentos jurídicos y probatorios.

No es recomendable en este punto la animación en exceso o si se prefiere la introducción de manera impetuosa, se debe empezar con calma, intentando atraer la atención del Juzgador no por los gritos o malos tratos, sino por las ideas que se quieren exponer.

La exposición deberá tener coherencia y conexión entre las premisas que se puedan plantear. Asimismo, a fin de cumplir con la brevedad que exige un alegato de apertura, es recomendable la síntesis de ideas, sin llegar a aislar la idea principal que queremos plantear.

b. Narración de la historia

Como habíamos señalado que la teoría del caso debe ser explicada «a manera de historia», pasada la introducción, corresponde la narración de nuestra historia, la narración de los hechos, pero contados a nuestra manera, desde nuestro punto de vista.

Corresponde en esta exposición de nuestra versión de los hechos, una narración que en primer lugar ubique al juzgador en tiempo y espacio, para luego establecer a los actores que intervinieron en el suceso (exigencia de individualización). En caso de ser necesario, se puede empezar por la narración de los antecedentes al hecho; ello a fin de complementar las acciones principales que se quieran plantear.

Establecidas las bases, ahora podemos empezar con nuestra narración. Empezar por contar nuestra versión, como una secuencia de hechos, como episodios de una historia que debe ser convincente y creíble.

La narración debe diferenciar los episodios, cuando la acción principal se desarrolla en varias acciones parciales. Significa que hay que considerar la secuencia de las actividades, cuando los hechos son complejos o se trata de un concurso o conjunto de hechos. En estos casos, es recomendable clasificarlos y enumerarlos, esto tiene la ventaja de facilitar la comprensión y la contestación o no contradicción de los hechos[149].

c. El ofrecimiento de pruebas

Es sin duda esta la etapa más importante de nuestro alegato de apertura. Ningún dicho tendrá sentido, por más consistente y creíble que pueda parecer, si no tiene de respaldo a un elemento probatorio. De ahí que Devis ECHANDÍA señale que la valoración de la prueba es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria; define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso, han sido o no provechosos o perdidos e inútiles[150].

Aun cuando es la fiscalía quien por tener la carga de la prueba de la imputación deberá presentar enjuicio oral, en este caso en el alegato de apertura, aquellos elemento probatorios que den fe sobre su teoría del caso; en el caso de la defensa, de realizarse una defensa positiva, también se deberán presentar las pruebas que respalden su visión de los hechos. Recuerde el enunciado: «Quien alega algo, debe probarlo».

En esta instancia debe tener mucho cuidado con el ofrecimiento de cosas que a lo largo del proceso no podría o no está seguro que llegará a probar. Recuerde que es mejor ser avaro en la oferta, para que si se logra más de lo ofrecido, ello será positivo para nuestra

---

[149] Cfr. CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *Oralidad, Debate y Argumentación*, 3ª reimp., Ibáñez, Bogotá, 2008, p. 199.

[150] Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 3ª ed., Víctor P. De Zavalía Editor, Buenos Aires, 1974, p. 34.

posición; ergo, por el contrario, si se ofrece más de lo debido, y al final del proceso no se llega a probar todo lo señalado, nuestra teoría del caso se verá perjudicada.

d. El cierre climático

El cierre de la presentación inicial debe ser fuerte. Debe reiterar el tema del alegato y concluir con la petición, en caso de ser fiscal con una condena o en caso de ser defensa con la absolución.

Esta petición será el resultado de toda la audiencia pública: condena o absolución fundamentada en el tema de controversia[151].

Es así, que para el final del alegato de apertura resulta necesario aclarar las peticiones y conclusiones, además de algunas ideas que sobre todo refuercen la teoría del caso que ya se ha planteado en el sentido en el que se ha encaminado el litigante. Puede entonces concluirse el alegato de apertura recurriendo a las siguientes ideas:

- Reiterar por última vez el «lema» del caso que terminará por dejar la idea clara y concisa en la mente del juzgador.
- Presentar una nueva idea que vincule al juzgador con una máxima de la experiencia que se pueda asociar al caso.
- Señalar algún aspecto o conducta que tenga en particular, ya sea el acusado o la víctima del caso, que genere una predisposición final de parte del tribunal.

9.4. Requisitos para la realización de un buen alegato de apertura

En este apartado trataremos de explicar las principales recomendaciones formales que se han podido detectar a partir de los ejercicios de simulación y análisis de casos reales, las que podrán o no ser consideradas dependiendo del estilo particular del litigante y de las características del caso:

a. Brevedad

El discurso de apertura no debe ahondar en detalles ni ser muy minucioso, ya que la memoria de las personas para recordar deta-

---

[151] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 169.

lles y hechos suele ser limitada. Entrar en demasiados detalles podría contribuir a la confusión en los jueces. Por ello, es mejor seleccionar la información más relevante de la historia a fin de generar un esquema fácil de manipular y utilizable frente a cada evidencia que se presente en el juicio.

b. Lenguaje

Es importante que el litigante utilice un vocabulario entendible para el público en general, evitando lenguajes complicados, terminologías técnicas o científicas que podrían generar dudas en el tribunal. Asimismo, debe evitarse leer; no está permitido en el NCPP leer en los alegatos.

c. Conexión

En el alegato de apertura se deben emplear palabras que logren ser asociadas a sentimientos, sensaciones o ideas de carácter general y colectivo. Por ejemplo, no es lo mismo decir que el acusado conducía un vehículo a 140 km/h., que decir que el acusado conducía un Ferrari rojo deportivo a 140 km/h. Pues lo normal es que se asocie al conductor con una personalidad arriesgada y temeraria.

Es así, que nuestras reacciones suelen estar condicionadas a la relación de imágenes con estereotipos creados en una sociedad que expresa cierta cultura.

En el discurso de apertura lo que se busca es encontrar palabras que generen en los oyentes aquellas ideas, imágenes o sensaciones que deseamos configurar y no tan solo un simple relato, solo así conseguiremos en el tribunal una orientación a esa parte de la historia a la que queremos llegar.

d. Observación

Es a partir de los gestos y las manifestaciones que el mismo tribunal ofrece que el litigante puede determinar si su relato ha sido consistente y creíble. Por ejemplo si es que un juez toma apuntes de algunos puntos en el desarrollo del alegato de apertura refleja que éste ha tomado atención, entonces será conveniente repetir la misma idea con otras palabras a fin de reforzar el enfoque del juez que será la base para el fallo final que éste tome.

e. Claridad

El alegato de apertura debe estar ordenado de una manera lógica, razonable, repetible y efectiva, esto a fin de formar una idea clara en el juez y que esta idea se haga firme en su memoria.

f. Anticipación de debilidades

Si el litigante conoce alguna debilidad que la otra parte utilizará en su relato en el examen directo o incluso en el alegato final, vale la pena evaluar si es conveniente o no anticipar estas debilidades en el alegato de apertura, para poder ir justificándolas.

g. No conclusiones

El alegato de apertura no es el momento para presentar las conclusiones a los que llevará la teoría del caso, sino tan solo cabe reiterar la petición en concreto que se formula.

h. Uso de material

Por ejemplo, un diagrama de flujo podría demostrar de manera más clara y detallada, siendo éste un tema técnico y pormenorizado, los alcances a los que quiere legar el litigante, esto por ejemplo si se tratase de un delito económico. Es muy importante para el alegato de apertura que se utilicen presentaciones en Power Point o PPT, y en ella se incluyan fotos y de ser posible algunos documentos escaneados que serán oralizados.

i. Profesionalismo y seriedad

En general se trata de demostrar que se ha planteado una teoría del caso seria y profesional, es así que en el alegato de apertura debe notarse esta preparación, tanto en el desarrollo del alegato de apertura, en las cualidades personales del litigante, como en los errores de litigación en los que éste puede incurrir.

En el sentido de profesionalismo ANGULO ARANA señala que: «el litigante que alega, en principio, necesariamente debe exhibir un carácter especial: firmeza, convicción, seguridad; debe saber expresarse corporalmente, lo cual significa un refuerzo para todo lo que pueda sustentar, debiendo poseer una mirada atenta, mímica no exage-

rada y enérgica»[152]. Es recomendable realizar el alegato de apertura de pie, esto por cuanto, con ello se facilita el uso del lenguaje no verbal y es más fácil comunicar el mensaje al Juez. Finalmente, se debe terminar el alegato de apertura con la petición concreta que se realiza al Juez.

[152] Cfr. ANGULO ARANA, Pedro, *Los Alegatos en el Nuevo Juicio Oral*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 27.

X
EXAMEN DIRECTO O INTERROGATORIO

En el campo de la litigación, una parte importante del juicio lo constituye el examen directo en cuanto es el momento en el que se valida la carga de la prueba acorde a la teoría del caso desarrollada. Se incorpora la información en el juzgamiento.

Si no se sabe hacer un examen directo ¿cómo llega la información que tiene el testigo, que es la fuente principal en el nuevo Código Procesal Penal, al juez?, ¿cómo llega la información que cuenta el perito al juez?, ¿cómo exhibo y pido el reconocimiento de los objetos y documento en el juicio? Por lo tanto, en materia probatoria se hace a través del examen directo.

Así como en los alegatos de apertura anuncié que vendrían determinados testigos que afirmarán hechos a favor de mi teoría del caso y que vendrá el perito que explicará la causa de la muerte, en el examen directo tengo que cumplir lo que prometí.

Pero para poder cumplir lo prometido, se deben de aplicar las técnicas de interrogación que según el chileno Waldo ORTEGA JARPA[153] se consideran un conjunto de normas y conductas que cautelan la igualdad en el combate y el juego limpio.

En el nuevo Código Procesal Penal se puede reconocer que en el artículo 375 inciso 3, que el interrogatorio directo de los órganos de prueba corresponde al fiscal y a los abogados de las partes. Es

---

[153] Cfr. ORTEGA JARPA, W., *Litigación Oral en el proceso penal*, 1ª ed., RIL Editores, Santiago de Chile, 2012, p. 91.

más, el mencionado artículo en su inciso 4° expresa que el juez también puede interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío.

Siendo así, se puede reconocer la voluntad de los legisladores de señalar como finalidad del interrogatorio, además expresada en el artículo número 376 numeral 1 inciso b, la de aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil.

El interrogatorio directo, en términos simples, puede compararse con un film cinematográfico, en cuanto la persona que se sienta a observarla, al principio no sabe nada de su trama, pero mientras ésta se desarrolla se va formando una imagen clara de toda la situación que desea dar a conocer el director de la película. Si esta cinta cinematográfica se presenta de manera clara, entendible, corta y persuasiva, el espectador saldrá convencido de una postura puesto que a través de la película, se han podido hacer constar sus alegaciones[154].

Sea a través de una película o una serie de afirmaciones realizadas por los actores dentro del proceso penal, a continuación se detallarán una serie de elementos que van a permitir que el examen directo que pueda realizar convenza al juez de la causa de sus pretensiones.

10.1. Conceptualización

Se puede observar que no existe una uniformidad en cuanto a la definición del examen directo o interrogatorio; así, para BAYTELMAN el examen directo permite relatar la teoría del caso desde la prueba concreta y no desde las puras afirmaciones del abogado litigante, que hasta el momento han sido solo una promesa.

Por su parte, Pablo SÁNCHEZ VELARDE[155] señala que el examen directo es el medio por el cual se trata de obtener, por terceras personas que son ajenas al proceso, pero que conocen de los hechos que se juzgan, el conocimiento que tienen respecto del delito y de su autor.

---

[154] Cfr. QUIÑONES VARGAS, H., *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, 1ª ed., San Salvador, Maya, 2003, p. 147.

[155] Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Idemsa, Lima, 2004, p. 588.

Para los autores Rafael Blanco, Mauricio Decap, Leonardo Moreno y Hugo Rojas[156] se puede conceptualizar el «examen directo» como la revisión de testigos propios durante el desarrollo del juicio oral, a través de las preguntas formuladas por el litigante que los presenta.

Por lo que para el autor de este libro, el examen directo es el momento estelar en el que se debe cumplir lo ofrecido en los alegatos de apertura a través del interrogatorio de terceras personas ajenas al proceso penal, con la finalidad de que las respuestas de estos sujetos respecto a la teoría del caso elegida en la causa del proceso, puedan convencer al juez. La finalidad del alegato de apertura es acreditar las programaciones fácticas de nuestra teoría del caso. Por ello cada testigo o perito únicamente debe ser preguntado por lo que le corresponde.

10.2. Principios básicos

La aplicación de estos principios depende de las circunstancias particulares de cada caso y de cada tercero en el proceso.

Los principios aplicables al interrogatorio según Héctor Quiñones Vargas[157] son:

A. Confianza y seguridad

Si quiere convencer al juzgador de sus alegaciones debe estar convencido de su teoría del caso si no es así, por lo menos parecer que sí lo está. Al realizar el interrogatorio directo a su testigo debe hacerlo demostrando confianza y seguridad en lo que está haciendo de manera que su testigo lo percibirá y también se mostrará seguro. La inseguridad es consecuencia de la falta de preparación y eso no es un factor benéfico dentro de un proceso penal[158].

B. Organización

El establecer o reformar el relato con el fin de generar convicción en el juez respecto de lo que queremos que el testigo apor-

---

[156] Cfr. Blanco Suarez, *et al.*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, 1ª ed., Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 168.

[157] Cfr. Quiñones Vargas, H., *Las técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, pp. 147 a 161.

[158] *Ibidem*, p. 149.

te, debe de tener un orden. Al ponerse en el lugar del oyente, se debe de hacer la siguiente pregunta: ¿De qué forma será más comprensible e impactante para el juzgador? Esta manera de organizar el caso va a depender del tipo de caso y del tipo de testigo que tenga ante sí.

Según QUIÑONES VARGAS, Rafael BLANCO y otros, y THOMAS A. MAUET[159] hay dos teorías fundamentales de organización de un interrogatorio directo.

B.1. Examen cronológico

Este examen señala la conveniencia de que el testigo vaya relatando su historia en forma cronológica de manera que el oyente entenderá y recordará mejor la exposición de los hechos pasados.

B.2. Examen temático

En la segunda teoría se relata lo más impactante, al principio y al final del testimonio de manera que el oyente recordará mejor el inicio y el final de lo narrado.

El autor del libro se inclina por la segunda teoría en cuanto se hace más factible para el testigo señalar en forma de una historia los hechos que acontecieron en alguna de las etapas del *iter criminis*.

No obstante, sea cual fuera la teorías que se desea utilizar, lo realmente importante es que la organización que decida seguir sea correlativa, que no se utilice de manera simultánea los dos tipos de organización en un mismo interrogatorio, puesto que se puede confundir al juzgador.

C. Descriptivo, sencillo e interesante

Para lograr captar la atención del juzgador, primero se debe acreditar al testigo, ya que durante el trayecto de ese paso, se logra ubicar al oyente en el tiempo y en el lugar en que ocurrieron los hechos, haciendo una descripción lo más completa posible del mismo.

Para QUIÑONES VARGAS, «además del relato oral se pueden utilizar diagramas, fotografías o pizarras, lo cual ayuda a ubicar al

---

[159] Cfr. MAUET, Thomas A., *Trial Techniques*, 5ª ed., Aspen Publishers Inc., New York, 2000, pp. 96-97.

juzgador en el lugar de los supuestos hechos. Por lo general, lo visual tiene más efectividad que lo verbal cuando de transmitir un mensaje o idea se trata. (...). Si se pretende utilizar con el testigo algún diagrama, fotografía o pizarra, debe prepararlo para ello con anticipación»[160].

Las preguntas que se van a formular al testigo, deben ser preguntas abiertas, sencillas, cortas, imprescindibles, directas y comprensibles por cualquier oyente. Estas preguntas están dirigidas a cubrir las proposiciones fácticas de la teoría del caso ele-ida con la información que el testigo tiene, por lo que únicamente debe ser interrogado en ese aspecto. Por lo tanto, las preguntas extensas, compuestas, complicadas, preguntas capciosas, de opinión y las argumentativas están PROHIBIDAS.

Con respecto a este principio del interrogatorio, el Nuevo Código Procesal Penal señala lo siguiente:

Artículo 376°- Declaraciones del acusado- (...)

2. Si el acusado acepta ser interrogado, el examen se sujetará a las siguientes reglas: (...)

c) El interrogatorio está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles;

d) No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas.

3. El Juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisible las preguntas prohibidas.

De la misma manera, respecto al examen de los testigos y los peritos, el Nuevo Código Procesal Penal expresa lo siguiente:

Artículo 378°.- Examen de testigos y peritos.- (...)

2. El examen de los testigos se sujeta -en lo pertinente- a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. (...)

4. El Juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y procurará

[160] *Ibidem*, p. 149.

que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. (...)

Por lo tanto, se muestra la actitud de legislador peruano respecto a la manera en la que se debe de realizar el interrogatorio. Por otro lado, se debe de cuidar el vocabulario que con el que se formulan las preguntas ya que palabras muy complejas o especializadas pueden generar confusión, por lo que si es necesario, se debe de explicar el concepto o el significado de las mismas.

En el caso que sea un testigo presencial del evento criminal, el interviniente le puede preguntar a qué distancia del hecho se encontraba. Este testigo puede señalar que fue a tres metros, por lo que se le puede preguntar: Con respecto al lugar en el que se encuentra declarando, ¿a qué distancia se encontraba de la escena del crimen? En el momento que el testigo de una referencia respecto a dicho punto, se va a poder reconocer la distancia real en que él se encontraba y no la que él estimó, por lo que es importante constatar que dicho dato se encuentre descrito en el acta correspondiente.

D. Ritmo y velocidad

El interrogatorio debe de ser en forma fluida, tipo conversación, gracias a la dinámica de las preguntas abiertas -respuesta- pregunta cerrada, sin lapsos entre una pregunta y otra por lo que no se debe de hacer con prisa.

Para QUIÑONES VARGAS, en los puntos más importantes, impactantes y neurálgicos del testimonio puede tomarse más tiempo que el acostumbrado, pues el juzgador estará más atento a ese punto en particular y usted desea que ese asunto específico sea escuchado con detenimiento y atención. En otras palabras, darle tiempo al juzgador para que asimile la respuesta ofrecida[161].

Mientras pueda evite tomar notas cuando esté haciendo el interrogatorio. Esta actividad interrumpe el ritmo deseado y desmerece el impacto que tanto se anhela. Si le es posible trate de acompañarse de alguien que pueda tomar las anotaciones necesarias mientras usted le formula las preguntas al testigo.

---

[161] *Ibidem*, p. 154.

E. Prohibición de preguntas sugestivas

Como se ha mencionado en los artículos 376 y 378, se encuentran prohibidas las preguntas sugestivas dentro del examen directo. Por lo que, preguntas como:

- *¿El auto era rojo?*
- *Cuando usted se detuvo en el área del valet parking, ¿se encontraban los dos agente de seguridad?*
- *Cuando presenció el accidente, ¿usted tenía 15 minutos de estar en la intersección de la avenida Javier Prado con Arriola?*

Deben de ser reemplazadas por preguntas abiertas que comienzan con palabras tales como: *Qué, Cómo, Cuándo, Dónde, Por qué, Explique tal o cual cosa, Describa tal o cual cosa*, etc. De esta manera, se le concede libertad al testigo para que sus respuestas fluyan de manera espontánea y sin sugerencia alguna del interrogador.

F. Guía de preguntas

Al preparar su interrogatorio directo no debe cometer el error de hacer una lista enumerada con las preguntas que le formulará a su testigo. Es suficiente que prepare una pequeña lista de temas fundamentales, que permitirán que sus testigos le aseguren generar certeza en el juzgador respecto a sus proposiciones fácticas.

Debido a que en el examen directo se realizan una serie de preguntas abiertas, de acuerdo a las respuestas del testigo surgirá la necesidad de formular preguntas relacionadas con esa respuesta, por lo que en la doctrina se las denominaban *preguntas aleatorias* a las respuestas del testigo.

Como señala QUIÑONES VARGAS, luego que aclare toda la situación que surgió como consecuencia de aquella respuesta, entonces puede retornar a su línea de preguntas de acuerdo a los temas o tópicos que ya tenía programados para ser cubiertos en el interrogatorio. Esta operación deberá aplicarla en cada respuesta que así lo requiera. De manera que cuando vaya cubriendo los temas o tópicos seleccionados de antemano los elimina de la lista, por lo que no debe quedarse ningún tema sin cubrir en el curso del interrogatorio directo al testigo[162].

[162] *Ibidem*, p. 159.

Tanto en el examen directo como en el contrainterrogatorio siempre se debe manejar una regla: «Lo que no fue, ya no vayas a buscarlo», es decir habiendo marcado ya la teoría del caso a seguir, y teniendo por cada proposición fáctica un elemento probatorio, si el testigo ya habló sobre los hechos que querías probar, ¡ya no preguntes más! Muchas veces, cuando un interrogatorio o un contrainterrogatorio van de manera excelente, y el abogado o el fiscal se emociona y pretende ir en busca de más, sale recibiendo mucho menos de lo que ya tenía.

G. Debilidades del caso

Respecto a este principio, se puede reconocer que en todos los casos existen puntos débiles. En algunos casos, estos se pueden referir a la veracidad que cuentan los testigos. Es más gráfico explicarlo a través del siguiente ejemplo:

Un travestí se prostituye entre las avenidas Javier Prado con Nicolás Arriola desde las 2 a.m., lugar en el que ocurre el atropello a una trabajadora de la municipalidad que realizaba los servicios de limpieza. Un hombre que venía borracho, envistió a una señora que estaba recogiendo los desperdicios de la calle a pesar que esta señora se encontraba con su respectivo chaleco de seguridad fosforescente. El hombre que manejaba el carro bajó de éste para ver el estado de la señora, al verla herida, ingresó nuevamente al carro, dio en retroceso y paso nuevamente encima de ella, por lo que el atropello fue de ida y vuelta. En el lugar de los hechos no había cámara de seguridad que grabe los hechos, sin embargo, con lo que sí contaba era con el testigo travestí que trabajaba en la zona de los hechos. Pero ¿cómo acreditar a un travestí?

Es importante señalar que son situaciones distintas el presentar a un testigo, que acreditarlo puesto que en el primer supuesto, el entrevistador va a preguntar los datos generales como cuál es su nombre, cuántos años tiene, cuál es su oficio. La verdadera acreditación pasa por el hecho de crear razones para que el juez crea en la versión que da el testigo, estas razones se pueden referir a las referencias como a qué distancia estaba de la escena de los hechos, cómo era la iluminación en el lugar, si se encontraba sobrio o ebrio en el momento que sucedieron los hechos, etc. Debido a que en el caso señalado, el testigo se encontraba en una intersección que con-

taba con bastante iluminación, a tres metros de la escena del crimen, su estado era sobrio, puesto que debido a su oficio debe de estar alerta por si llegan sus clientes o por si la persona a la que brinda sus servicios quiere sobrepasarse con él, golpearlo o robarle; el valor probatorio de su declaración era contundente. Además esta persona (travestí) debía de encontrarse alerta, parado, observando los carros puesto que es en ellos que lo vienen a recoger.

Después de poder obtener toda esa información al testigo, se puede decir que se logró acreditar al travestí ya que se envió un mensaje claro y contundente al juez, que a pesar que pueda contar con algunos prejuicios respecto al oficio que dicho hombre ejercía, obtuvo un relato idóneo respecto a las características que contaba la escena del crimen. Y en tal sentido su versión sería creíble.

H. Gestos y modulación de voz

Para evitar que el juzgador se aburra y no le preste la atención a su testigo, es recomendable utilizar al máximo su lenguaje corporal. Algún tipo de gesticulación cuando formule las preguntas, las muestras de asombro, indignación, sorpresa, tristeza, etc., enriquece la percepción que tiene el juzgador respecto al examen directo que se está realizando en cuanto, este sujeto, reconoce la conexión que se muestra entre el entrevistador y el testigo.

Con respecto al tono de voz, es recomendable modularla sin ser exagerado. Las pausas entre preguntas o luego de escuchar respuesta, también permiten captar la atención del juez.

Una recomendación extra es la de ponerse de pie y moverse de manera moderada, ya que con esto, el entrevistador muestra confianza en su persona, en los argumentos que desea exponer en el caso y eso se ve reflejado en su testigo y, como consecuencia, en el juzgador.

I. Apariencia, presencia y estilo

A pesar de que existen convencionalismos sociales respecto a la manera de cómo vestir en un tribunal, se recomienda que cada uno de los actores que participará en la audiencia se vista de manera presentable y limpia, acorde a su oficio, puesto que cada detalle es evaluado por el juzgado.

Por ejemplo, en el caso del travestí que se disfrazaba de mujer, sería poco confiable que este testigo se vista como varón de saco y corbata puesto que observó el evento criminal en un horario de trabajo, por lo que el asistir con la ropa con la que se encontraba el día de los hechos no le restaría credibilidad, al contrario se mostraría al testigo de manera más natural ya que las situaciones forzadas se notan.

De la misma manera, los otros actores del proceso, deben mostrase presentables y limpios ya que si usted o su testigo dan la impresión de dejadez en su vestir, será muy probable que el juzgador ni les preste atención. La imagen y la manera en la que se expresa cada abogado dice mucho al juzgador. Muchos abogados usan muletillas entre las preguntas, esto ocurre en su mayoría por el nerviosismo o por estar pensando en la siguiente pregunta que toca realizar. Frases o palabras como *«Correcto»*, *«Ok»*, *«Muy bien»*, *«Aja»*, *«Esteee...»*, etc. Generan ruido en la comunicación entre lo declarado por el testigo y lo percibido por el juez. Es por ello que en la mayoría de casos, estas muletillas pueden, como señala QUIÑONES VARGAS, desesperar e incomodar al juzgador y evitan que éste concentre su atención en la información que brinda el testigo. Llegará el momento en que aquél estará más pendiente de la muletilla que de la esencia de la respuesta. Por lo tanto, adquirir conciencia de estas muletillas debe ser prioridad para el interrogador[163].

10.3. Duración del interrogatorio

No hay un tiempo determinado para realizar el interrogatorio directo. Lo que es significativamente importante es la forma en cómo el interrogador pone a relucir en la declaración del testigo las proposiciones fácticas de la teoría del caso elegida. El interrogador debe de tratar ser lo más breve posible sin descuidar los detalles que enriquecerán la convicción del juzgador respecto a la teoría del caso expresada en los alegatos iniciales.

10.4. Tipos de pregunta

Como se mencionó con anterioridad, el interrogatorio directo se debe formular preguntas abiertas con el propósito de evitar la sugestividad.

Una vez seleccionados los testigos que participarán en el juicio oral, se requiere elaborar la plantilla que contenga la teoría del caso

[163] *Ibidem*, p. 161

expresada en los alegatos iniciales. Por lo tanto, es importante formularse la siguiente pregunta: *¿Qué es lo más importante que debo de hacer en el examen directo?*

La respuesta a esta pregunta es que el testigo reproduzca las proposiciones tácticas de mi teoría del caso de las cuales tiene conocimiento e información. En el alegato de apertura se le prometió al juez una serie de afirmaciones sobre hechos que de evento criminal; estos hechos, van a ser ratificadas por los testigos y peritos llamados a concurrir por eso es que todo abogado debe de ir al juicio «con su mapa», su teoría del caso. A continuación se mencionará un ejemplo en el caso de delito de robo:

Ejemplo de un esquema de la Teoría del Caso respecto al delito de robo

Elementos del delito de robo	**Proposición fáctica (Afirmación sobre el hecho de demuestra el elemento)**	**Elementos probatorios que ratifican las proposiciones fácticas**
Violencia	Le dio dos patadas	
Mano armada	Lo amenazó con un revólver	
Dos o más personas	Fueron dos personas de tez morena	

En la tabla se puede reconocer las proposiciones fácticas, las evidencias con las que contamos para acreditar cada una de las proposiciones **y** si durante el juicio se ha podido convencer al juzgador de lo expresado.

Al cumplir este requisito, se puede organizar la información más ordenada, y, como señalan los autores Rafael BLANCO, Mauricio DECAP, Leonardo MORENO y Hugo ROJAS[164], se puede contar con los siguientes materiales que agilizarán el examen directo aplicado a los testigos:

---

[164] Cfr. BLANCO SUAREZ, Rafael *et al.*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, 1ª ed., Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 174.

a) Declaración prestado por el testigo en la fase de investigación.

b) Enumeración de las proposiciones fácticas que el testigo propio puede corroborar, y ordenar tales proposiciones en ejes temáticos.

c) Otros elementos o documentos que permitan acreditar la veracidad del testigo, y que habiendo sido solicitados en la fase de preparación del juicio como pruebas, pueden ser incorporados como tales durante la declaración del respectivo testigo.

Por todo lo antes expuesto, lo más conveniente de esto es que se controlen las preguntas que se le formulen al testigo. Dejando un espacio para que, en ocasiones, éste pueda narrar libremente sobre aspectos específicos y limitados. Esto minimizará el riesgo de que el testigo se extienda relatando cosas impertinentes o contraproducentes que puedan afectar la estrategia del caso.

10.5. Preparación del examen directo

El examen directo de testigos cuenta con diversas fases de aproximación de manera sucesiva.

Las fases de aproximación a la preparación del examen directo son:

10.5.1. La fase de selección de testigos

En materia de testigos, estos no son elegidos por el actor del proceso penal, son elegidos por el destino. Por lo tanto, el abogado debe de escoger entre los mejores testigos; este testigo tiene que ser el que se exprese mejor, el que tenga menos aspectos que le puedan restar credibilidad, que no se asuste y el que sea más fuerte. No obstante, en la mayoría de casos no se cuenta con 50 posibles testigos, por lo que se tendrá que trabajar con la cantidad de personas a las que se tenga acceso. Un dato para siempre tener en cuenta es el poder averiguar los que algunos autores denominan *debilidades de credibilidad* de un testigo, por lo que al menos se debe de conocer los antecedentes penales, personales y familiares para que se pueda contar con un panorama más amplio del mismo. Sin embargo si son 10

testigos para lo mismo, basta que se convoquen a 2 o 3. Esto para reducir riesgos de contradicciones.

No obstante, sea cual fueran los antecedentes de un testigo, si es esencial su participación de la audiencia para poder demostrar la teoría del caso elegida, al realizarle el examen directo, este sujeto debe de ser correctamente acreditado.

10.5.2. Metodología para aproximarse a la selección de un testigo

A la hora que el abogado desee acercarse al testigo, éste debe de realizarse teniendo en cuenta los siguientes datos[165];

a) La entrevista a un testigo debe realizarse en un lugar que resulte razonablemente cómodo y amigable para éste.

b) La entrevista debe considerar como primer aspecto la presentación del entrevistador y la explicación del rol que el entrevistador posee en el caso.

c) El entrevistador debe tomar el tiempo necesario para explicar al testigo la forma en que funciona el sistema penal y la etapa procesal en la que se encuentran en el caso concreto, así como sus derechos y obligaciones para que de esta manera el testigo se ubique dentro del proceso penal en curso.

d) El entrevistador debe realizar preguntas directas y sencillas para escuchar del testigo la información que posee, (...), de modo que pueda determinar de manera fidedigna lo que el testigo verdaderamente sabe y la forma en la que este sujeto lo expresa.

e) El entrevistador debe evitar colocar ideas o frases armadas en boca del testigo ya que tiende a deslegitimar en la mente del entrevistado, la función e intereses del litigante.

f) El interrogador puede comenzar la entrevista preguntando al testigo por los aspectos concernientes a su vida personal y

[165] Esta metodología ha sido desarrollada sobre la base del libro los autores chilenos Rafael BLANCO, Mauricio DECAP, Leonardo MORENO y Hugo ROJAS, pp. 171-174.

profesional, dicha información obtenida contribuirá legitimar al testigo frente al tribunal. Esto permite, asimismo, establecer conexiones lógicas entre los hechos y la particular posición del testigo en el caso.

g) Luego de la fase de conocimiento personal del testigo, debe comenzar la entrevista sobre los hechos propiamente tales, con énfasis en el conocimiento y relación que posee de los mismos.

10.5.3. Tipos de preguntas a utilizar en el examen directo

Como se ha señalado con anterioridad, éstas deben de ser preguntas abiertas que le permitan al entrevistador, en un primer lugar acreditar al testigo y en un segundo lugar permitir que este sujeto exprese cómo se dio el evento criminal o los detalles periféricos de los cuales tenga conocimiento.

10.5.4. Análisis de la estructura y preguntas a realizar durante el examen directo de testigos

Los expertos en litigación señalan que es en los alegatos iniciales el momento en el que el juez decide por una teoría del caso, la historia más convincente, por lo que cuando viene el ofrecimiento de las pruebas, estas son valoradas de un manera más minuciosa.

En caso que el juez no haya decidido en la primera etapa, es en examen directo o en el contrainterrogatorio el momento en el que el juez decida hacer tomar una postura ya que observó una correcta acreditación y luego escuchó la versión de los hechos por parte del testigo. De la historia que ha sido descrita por el testigo es relevante poder subrayar las ideas fuertes de su versión. El gran secreto luego de la acreditación es dejar que el testigo cuente su historia, su versión de los hechos, de manera que la información llega de manera más natural al juez. Para que esta información llegue de la manera antes descrita, se desarrollarán cuatro tipos de preguntas sugeridas por Paul BERGMAN y adaptadas en el libro de Rafael Blanco, Mauricio DECAP, Leonardo MORENO y Hugo ROJAS[166].

---

[166] Cfr. BLANCO SUAREZ, Rafael *et al.*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, 1ª ed., Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 177-182.

5.4.1. Tipos de preguntas del examen directo[167]

Preguntas destinadas a generar confianza en el testigo o preguntas introductorias.	¿Es este su primer juicio?»Señor..., voy a formularle algunas preguntas y usted puede tomarse el tiempo necesario para contestarlas». Señor me puede decir ¿cuál es su nombre y su profesión?
Preguntas de legitimación o llamadas a validar personalmente al testigo.	a. Conocimiento general del testigo Profesión u oficio Número de años en el mismo trabajo Otros trabajos desempeñados Cargos de responsabilidad Labores de caridad o beneficencia Su familia, sus actividades familiares y sociales. b. Si existe algún vínculo entre el testigo y una de las partes. c. Si existen conocimientos especiales del testigo en relación a la materia que será objeto de la examinación.
Preguntas abiertas o narrativas y cerradas, destinadas a permitir al testigo aportar la información que posee de los hechos del	**caso.** a) Pregunta abierta seguida de preguntas cerradas intercaladas». «Señor..., ¿podría contarle al tribunal lo que pudo observar el día de los hechos?». «Señor, ¿podría contarle al tribunal lo que sabe sobre los hechos que motivan este juicio?». b) Pregunta abierta seguida de varias preguntas cerradas. «Usted nos señaló, antes de que yo lo interrumpiera, que el día de los hechos había visto al acusado en la casa de su vecina. ¿Pudo observar lo que hacía el acusado?». «Ud. nos señaló, antes de que yo lo interrumpiera, que el día de los hechos observó al acusado en la casa de la víctima. ¿Qué más recuerda?». c) Pregunta cerrada de inicio, seguida de varias preguntas cerradas. «Cuéntenos ¿Conoce al acusado?», «¿Por qué lo conoce?», «¿Qué más

[167] También se puede generar confianza en el testigo si es que se lo lleva previamente a la sala de audiencias un día anterior a la fecha en la que le toca declarar.

	sabe de él?», ¿Qué observó el día...?», «¿Quién estaba presente ese día?», «Ud. ha dicho que el acusado estaba presente, ¿qué hizo en ese momento el acusado?».
Preguntas finales para redondear el interrogatorio y terminar con una impresión positiva por parte del tribunal: CIERRE CLIMÁTICO[168]	Abogado: Entonces el que cometió el delito está en la sala. Testigo: Sí.Abogado: ¿En esta sala? Testigo: Sí. Abogado: ¿Usted lo puede ver? Testigo: Sí. Abogado: ¿Dónde está? Testigo: Allí (lugar en el que se encuentra en posible autor). Abogado: ¿Él es el que lo atropelló? Testigo: Sí. Abogado:(dirigiéndose hacia el juez) Sr. Juez, ya el testigo dio la información, por lo que pido que el imputado se ponga de pie. El imputado se pone de pie. Abogado: ¿Está seguro que es esta persona? Testigo: Sí.

El autor norteamericano Thomas A. MAUET y adaptadas en el libro de Rafael BLANCO, Mauricio DECAP, Leonardo MORENO y Hugo ROJAS, se señalan diversas recomendaciones respecto a la formulación de las preguntas en el examen directo. Algunas de ellas son las siguientes:

1. Usar *fórmulas de transición*, de esta manera se logra realizar una pausa y ordenar las declaraciones de los testigos, evitando confusiones, por ejemplo:

   «Testigo, Ud. nos ha explicado los estudios que ha realizado, ahora quisiera que nos explicara dónde se encontraba Ud. el día que ocurrieron los hechos materia de este proceso».

[168] En algunos casos en los que el testigo son policías, médicos, psicólogos, abogados, o algún tipo de perito especializado, se debe de realizar una correcta acreditación de manera que el juez tome mayor interés en lo que el sujeto va a expresar con respecto a evento criminal.

2. Recordar que el testigo es el protagonista y el abogado es el que dirige el examen directo logrando de esta manera que el testigo resulte creíble y persuasivo ante el tribunal.
3. El testigo se debe de encontrar cómodo para poder expresar las proposiciones fácticas desarrolladas en la teoría del caso, por lo que el entrevistador necesita adaptarse a la manera, el ritmo, velocidad e incluso el lenguaje coloquial que el examinado domine.
4. En caso que el testigo no pueda recordar un determinado hecho, el entrevistador puede modificar la pregunta o en todo caso, buscar información complementaria que permita al testigo asociar alguna temática al asunto olvidado. Además, según el artículo 378°:

Artículo 378°.- Examen de testigos y peritos.- (...)

6. Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera. Además, en el artículo 378°, numeral diez, a solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia.

5. El *anticipar debilidades* de parte del propio litigante que lleva el testigo al juicio logra dos aspectos positivos:

a) Se logra conseguir que el testigo se haga cargo de la debilidad. Por ejemplo, en el caso del atropello en la intersección de Javier Pardo con Arriola, en el que el único testigo presencial era un travesti, que se vestía como mujer, que se prostituía en dicha zona, cualquier abogado de la parte contraria hubiera podido desacreditar su versión de los hechos debido al oficio al que esta persona se dedicaba. No obstante, el entrevistador, en la etapa de legitimación, sí toca el tema controversial, le pide los datos generales y le pregunta por el oficio que el testigo tiene, para que luego de ello, lo acredite como un testigo que se encontraba sobrio, a escasos metros de la escena del crimen, ubicado en una zona ilumi-

nada y que estaba concentrado en mirar a los carros que pasaban por la zona debido a que en cualquiera de esos podía encontrarse su cliente. Además, el hecho de que el interrogador lleve al testigo con la misma ropa con la que éste labora como trabajador sexual, demuestra que este abogado, no desea ocultar la mencionada debilidad.

b) Evitar que las debilidades aparezcan rodeadas de un intento de ocultamiento por parte del litigante y del propio testigo.

6. La Técnica del Eco hace referencia a la técnica que permite destacar un punto específico que ha mencionado el testigo. Algunas de sus manifestaciones más usuales son las siguientes:

a) Preguntar nuevamente de forma crédula.

b) Preguntar nuevamente lo mismo insinuando no haber escuchado la primera declaración.

c) Preguntar utilizando como encabezado la información recién aportada por el testigo.

d) Repetir lo expresado por el testigo.

7. El testigo debe estar preparado para enfrentar las preguntas del contraexamen, por lo que es recomendable realizar una simulación de contraexamen con el testigo durante la fase de preparación.

10.6. Objetivos del examen directo

Según Andrés BAYTELMAN se puede identificar cuatro categorías de los objetivos del examen directo:

Respecto al tercer objetivo de examen directo, con el testigo puedes incorporar evidencia material, se pueden pedir exhibiciones y reconocimiento cuando este sujeto está hablando de algo que tenga relación con el documento u objeto que deseo exhibir. Un ejemplo puede ser: cuando una madre está desesperada porque su hija dejó una nota, ese es el momento para ofrecer la mencionada nota. Otro ejemplo puede ser cuando un policía señala que encontró en el piso de la escena del crimen una pistola, ese es el momento para exhibir y pedir el reconocimiento de dicha pistola, de manera que esta prueba sea incorporada.

Existen algunos pasos para poder incorporar la prueba durante el proceso del examen directo:

a. Acreditación de la prueba.- Es importante pedirle al testigo que describa lo que se va a incorporar. Por ejemplo:

Abogado: *Sub oficial Briones usted ha señalado que encontró una pistola en el piso ¿cómo era la pistola?*

Sub oficial: *Era un arma pequeña marca TAURUS, calibre 38, de color plomo y el tamaño un aproximado de 15 centímetros de largo por 10 de ancho.*

b. Exhibición de la prueba.- *En ella el abogado menciona la evidencia material que desea ofrecer.*

Abogado: *Señor Juez, pido permiso para incorporar, a través de exhibición y reconocimiento, evidencia material.*

Juez: *A lugar.*

Abogado: *(le muestro al abogado de la contra parte la evidencia material de manera que se pueda oponer).*

Debido a que la parte contraria no se opone, el abogado se acerca al testigo y le da la evidencia.

c. Reconocimiento de la prueba.-

Abogado: *¿Qué tiene en sus manos?*

Sub oficial: *La pistola que describí.*

Abogado: *¿Coincide con todas las características que señaló?*

Sub oficial: *Sí.*

Luego de ello, el abogado se acerca al juez y le entrega la pistola.

En el caso de la prueba documental, se debe de generar confianza y sentido común. No obstante, cuando se sigue la lógica de la desconfianza, en documentos privados mayormente, hay que hacer exhibición de documentos. No obstante, cuando estos documentos son de carácter público, como son los diarios de mayor circulación, normas legales, etc.; se puede ir de frente la oralización en cuanto que cualquier persona puede acceder de manera rápida y directa a la mencionada evidencia.

Y finalmente se da el CIERRE CLIMÁTICO que es el momento en el que se da por terminado el examen directo con algo contundente. En caso de un testigo presencial, lo más contundente es la sindicación del posible autor del delito.

10.7. Declaración del acusado en el juicio y su derecho a guardar silencio

Consideramos que es de aplicación lo dispuesto por el artículo 88 del Código Procesal Penal, en lo que corresponda.

Es un examen que permite incorporar información al juzgamiento, el hecho de que el procesado no preste juramento no implica que su declaración no tenga valor y no se considere importante la información brindada que por lo general será de descargo. Valdrá igual que cuando confiesa y es información de cargo. Dicha declaración la inicia su abogado y contraexamina el fiscal.

Como lo señala el inciso 4 del artículo 376 del Código Procesal Penal, el último en intervenir es el abogado, esto debe entenderse que es luego del contraexamen del fiscal y para hacer un redirecto y rescatarlo en su credibilidad.

Finalmente, en caso de que el acusado se niegue a declarar se leerá su declaración previa (art. 376 inciso 1).

XI
CONTRAEXAMEN

11.1. Conceptualización

Para Carlos Roberto SOLÓRZANO GARAVITO[169], el contrainterrogatorio es la técnica que se utiliza para examinar al testigo de la contraparte y que se caracteriza porque se utilizan preguntas cerradas, sugestivas, asertivas y de control de manera que se le quite credibilidad al testigo.

Para el juez Supremo José NEYRA FLORES, el contraexamen es aquel que lleva a cabo la parte contraria inmediatamente después que el testigo fue objeto de un interrogatorio directo. En el contraexamen, se pone a prueba la información obtenida en el examen directo por lo que es la mejor oportunidad que se tiene para confrontar la prueba de nuestra parte adversa[170].

Para Julio FONTANET MALDONADO, el contrainterrogatorio no es únicamente un mecanismo para impugnar la credibilidad de un testigo de la parte contraria. Tiene otros propósitos tan o más importantes que la impugnación[171].

Para Óscar PEÑA GONZÁLES es el examen o interrogatorio que se hace de los testigos o peritos presentados por la contraparte con el

---

[169] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, C., *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 285.

[170] Cfr. NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*, 1ª ed., Idemsa, Lima, 2010, p. 875.

[171] Cfr. FONTANET MALDONADO, J., *Principios y técnicas de la práctica forense*, 2ª ed., 2002, Jurídica Editores San Juan de Puerto Rico, p. 118.

fin de establecer contradicciones e impresiones en las declaraciones prestadas por éste[172].

Por su parte, el autor del libro sostiene que el contrainterrogatorio es una técnica que se utiliza para examinar a los testigos y peritos que dan una versión contraria, luego que estos fueron objeto del interrogatorio directo. El fin, primero es de acreditar nuestras propias posiciones fácticas; segundo desacreditar la teoría del caso contrario estableciendo aspectos negativos y contradictorios. En tercer lugar desacreditar al testigo si no se lograron los propósitos señalados.

También consideramos que el contraexamen puede hacerse a los testigos presentados por la defensa de un procesado, por los abogados de sus coprocesados, siempre que la versión afecte su teoría del caso. Esto a fin de garantizar el derecho a la contradicción, pues en estos casos, de procesados con defensas opuestas, sería poco probable que el fiscal (contraparte) contrainterrogue.

11.2. Base constitucional y desarrollo legal

El Estado de Constitucional de Derecho que rige en nuestro país exige que todo nuestro ordenamiento jurídico se encuentre completamente determinado en lo concerniente a los derechos fundamentales e inherentes a la persona humana a través de nuestra Constitución Política del Perú de 1993 y a través de los tratados internaciones a los que nos hemos adherido. Por todo lo antes expuesto, se realizará un bosquejo de la implicancia constitucional con la que cuenta el contrainterrogatorio en la legislación peruana.

El artículo 139° de nuestra Constitución Política del Perú consagra el debido proceso en el que se debe garantizar que se juzgue a una persona con el respeto de todos sus derechos.

Pues es así que el Derecho a la Defensa Técnica Eficaz es un derecho que se encuentra dentro de la macrogarantía del debido proceso. Dicha garantía constitucional dentro del proceso penal a su vez se encuentra garantizado en el artículo 11°, inciso 1., de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14°,

---

[172] Cfr. PEÑA GONZÁLES, Óscar, *Técnicas de Litigación Oral*, 1ª ed., APECC, Lima, 2009, p. 118.

inciso 3., parágrafo d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8°, inciso 2., parágrafo d), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 139° incisos 14. y 15. de la Constitución Política de 1993, y el artículo IX del Título Preliminar del NCPP.

Para Alex CAROCCA PÉREZ la defensa técnica hace efectiva a la garantía de la defensa en el proceso penal porque mediante la asistencia letrada se realizan los principios de igualdad de las partes y de contradicción al establecerse el equilibrio con el Ministerio Público, integrado por fiscales que son abogados[173].

Así mismo, Juan MONTERO AROCA vincula el derecho a la asistencia de letrado al principio de contradicción, pues para que éste sea real no basta con reconocer a las partes la posibilidad de autodefenderse, siendo indispensable la defensa técnica del abogado; agrega que la defensa adecuada no es la que realiza la propia parte por carecer de los conocimientos técnicos necesarios, sino la que efectúa un abogado[174].

Por todo lo antes expuesto, el derecho a contar con una defensa técnica efectiva es uno de los requisitos esenciales para la válida constitución de un proceso. Este derecho incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal: el de **contradicción**, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el **acusatorio**, vinculado con el objeto del proceso.

Para Alberto BOVINO, el principio acusatorio es «el desdoblamiento de las funciones de perseguir y de juzgar en dos órganos estatales diferentes. El principio acusatorio no sería suficiente para separar los roles persecutorios y decisorios, sino se asegura una efectiva separación entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, así se mantiene el principio de oficialidad, pero juez y acusador no son la misma persona»[175].

---

[173] Cfr. CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, José María Bosch editor, Barcelona, 1998, p. 496.

[174] Cfr. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, tomo III, Proceso Penal, José María Bosch editor, Barcelona, 1995, pp. 38-39.

[175] Cfr. BOVINO, A., *Principios Políticos del Procedimiento Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 37.

Al respecto, el artículo 2° y 150° de la Constitución Política del Perú, señala las formas de la Acción Penal y cuál es la institución que tiene la función de ejercerla.

Respecto al principio de contradicción, el maestro y gran procesalista uruguayo Eduardo COUTURE lo define como el derecho a obtener la decisión justa del litigio que se le plantea al demandado o acerca de la impetración que se le formula al demandado o procesado mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener la oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegare, probar el interponer los recursos que la ley procesal consagre. Ni si quiera la ley puede desconocer este derecho, pues sería inconstitucional[176].

El objeto y el fin del derecho de contradicción por una parte es la satisfacción del interés público en la buena justicia y en la tutela del derecho objetivo, y por otra parte, la tutela del derecho constitucional de defensa y de la libertad individual en sus distintos aspectos.

Además este derecho cuenta con una naturaleza constitucional y se basa en varios principios fundamentales del derecho procesal: el de la igualdad de las partes en el proceso, el de la necesidad de oír a las partes con las cuales se va a surtir una decisión, el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales, el de la contradicción o audiencia bilateral; el de la impugnación y el respecto a la libertad individualidad[177].

Pero se fundamenta en un interés general, como el que justifica la acción porque no solo mira a la defensa del demandado o imputado y a la protección de sus derechos sometidos al proceso o de su libertad, sino que principalmente contempla el interés público respecto a dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad éste se construye sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la juris-

---

[176] Cfr. COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t.1,1948, pp. 19, 55 y 193.

[177] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso aplicable a todos los procesos*, 3ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 225.

dicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente prácticas de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la condena.

Los principios de contradicción e igualdad son fundamentos del proceso legal. Por lo que para GIMENO SENDRA, la decisión final en el proceso moderno no puede lograrse sino mediante la oposición de dos tesis contrapuestas. En el proceso penal la contradicción obedece a la exigencia constitucional de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído en juicio. La igualdad es el complemento de la contradicción, pues no puede haber una contradicción justa y legal sin que previamente exista igualdad de armas, con las mismas posibilidades de ataque y defensa[178].

Como se sabe, es en el juicio oral donde se manifiesta con más fuerza el **principio de contradicción**. Este principio permite que en el desarrollo del proceso todos los sujetos puedan controvertir las pruebas, argumentos o posiciones de los otros; y, de otro lado, pretende que los diferentes sujetos procesales puedan no solo intervenir en la práctica de las pruebas sino que además puedan controvertirlas y oponerse a ellas.

El maestro CAFFERATA NORES[179] señala lo siguiente respecto al Principio de Contradicción:

> «Tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además, reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de producir pruebas de cargo y de descargo respectivamente: la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia condicional (positiva

---

[178] Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Alternativas, Lima, 1996. p. 416.

[179] Cfr. CAFFERATA NORES, José I., *Derecho Procesal Penal, Consensos y Nuevas Ideas*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998, p. 57.

o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener de tal modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario».

Para Andrés BAYTELMAN[180], toda información que se señala en el juicio sea exiguamente confiable «debemos ponerla a prueba, debemos procurar que alguien haga todo lo posible por falsearla, por demostrar que no es exacta o que hay aspectos de ella que pueden ser interpretados de otra manera (...). Si ella supera este test con éxito, entonces se tratará de información de alta calidad (...). Esta es la idea-fuerza que subyace a lo que el sistema acusatorio llama principio de contradictoriedad».

11.3. Fines del contrainterrogatorio

Se puede señalar que los objetivos del contra interrogatorio son los siguientes:

a. Cuestionar la credibilidad del testigo de la parte contraria

Para poner en tela de juicio lo expuesto por el testigo, hay que realizar un ejercicio previo: investigar al sujeto en cuanto a las relaciones que tienen con todos los implicados, los hechos, los antecedentes que tiene respecto de haber participado en otros juicios y cualquier otro dato relevante que permita cuestionar la credibilidad de la parte contraria. Ello exige una prolija labor de investigación y acopio de información antes de realizar el contraexamen.

b. La falta de consistencia intrínseca o extrínseca del testimonio

Este objetivo se puede llevar a cabo debido a la máxima atención que debe de tener el abogado que realizará el contraexamen. Por lo antes expuesto, es en esa etapa de la audiencia en la que el abogado puede reconocer en la declaración brindada que existen inconsistencias como que pueda entra en colisión con lo sostenido

---

[180] Cfr. BAYTELMAN, A., *El juicio oral en Nuevo Proceso Penal*, Cono Sur, Santiago de Chile, 2000, p. 247.

por otro testigo de la parte contraria. Es de esta manera que se debe de medir cuál de las declaraciones es más favorable a la versión de la teoría del caso elegida, para que sea esa la que se lleve al contrainterrogatorio y genere consistencia en la postura seguida por el abogado que contrainterroga, que permita reducir al máximo el impacto negativo de esas declaraciones.

c. Lograr de los testigos de la contraexaminados aspectos positivos para nuestro caso

En el contrainterrogatorio de debe de reafirmar aquellas partes del testimonio dado por la contraparte que benefician a la teoría del caso elegida. Por lo tanto, no se deberá desacreditar al testigo que otorga esos beneficios a la teoría elegida, sino se indagará más en los temas que son beneficiosos y se reforzará.

d. Resaltar aspectos negativos del caso de contraparte

Como señalan Rafael BLANCO y otros, se debe de dejar en evidencia las inconsistencias del testigo con las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados. No debe olvidarse que el tribunal oral posee como límite a su fundamentación sobre la prueba las reglas de la sana crítica[181].

11.4. Reglas sobre el contrainterrogatorio

1° **REGLA:** No solicite explicaciones

Al solicitar al testigo explicaciones respecto de un determinado tema, se corre el peligro que éste se explaye por lo que se puede perder el control del contrainterrogatorio. Esta pérdida implicaría que el abogado de la parte contraria se ponga en manos del testigo por lo que se desnaturalizaría la finalidad de contraexamen.

Es por el motivo antes expresado que el abogado estadounidense Francislee BAILEY recomienda que durante el contraexamen «no haga preguntas que comienzan con qué, cuándo, dónde, por qué y cómo»[182].

---

[181] Cfr. BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, p. 208.

[182] Cfr. BAILEY, F. Lee, *Cómo se ganan los Juicios. El abogado Litigante*, Limusa, México, 2002, p. 160.

Aunque existe discrepancias en doctrina respecto a la posibilidad de realizar preguntas abiertas durante el contrainterrogatorio, existen circunstancias en el que el uso de estas preguntas en temas no críticos permiten que el interrogador pueda persuadir al jurado siempre y cuando se intercalen con preguntas cerradas. De tal manera, el interrogador le mostrará al juzgador que éste le da un trato adecuado al testigo, sin ningún ánimo de intimidarlo o sugerirle respuestas a las preguntas formuladas.

Al respecto de esta regla, el maestro estadounidense Thomas MAUET enseña que las preguntas abiertas son desastrosas en el contrainterrogatorio por cuanto: los testigos hostiles siempre están buscando una entrada para escabullirse con una respuesta dañina. Preguntas que piden un «cómo» o un «por qué» que extraen explicaciones de cualquier clase evita al desastre. Es mejor evitar completamente esa clase de preguntas[183].

A continuación se desarrollará un ejemplo para el mejor entendimiento en el uso de preguntas cerradas dentro del contrainterrogatorio:

Contexto: La señora Obando testificó perjudicialmente en contra de la señora Chávez señalando que esta última es la asesina de su madre de la siguiente manera:

P: Señora, ¿recuerda usted que la señora Chávez fue a despertar a su madre?

O: Yo recuerdo que ella fue.

P: ¿Había luz en la habitación?

O: No la había.

P : ¿Tenía la señora Chávez una luz con ella?

O: Ella debía tener una vela en su mano.

P : ¿Había allá luz o no?

O: No la había. Yo creo que podía haber un fuego.

P: ¿Tenía ella una vela en su mano?

---

[183] Cfr. MAUET, T. *Fundamentals of Trial Techniques*, Little Brown and Company, Boston-Toronto, 1980, p. 243. Traducción del autor.

O: En verdad, no puedo decirlo.

P: ¿Está usted segura de que esta mujer fue la que entró a la habitación para llamar a su madre?

O: La señora Chávez fue la persona y yo creo que ella fue la que mató a mi madre.

P: ¿Cómo puede decir que es ella cuando no había luz? O: Yo conozco su voz.

2° REGLA: No haga una pregunta si no conoce la probable respuesta

Para algunos autores como Julio FONTANET MALDONADO éste es el principio más importante pero a su vez más omitido por los contrainterrogadores[184].

Esta segunda regla nos hace reflexionar acerca que el contrainterrogatorio no es momento para descubrir nuevos hechos de manera que es recomendable no realizar preguntas de las cuales no conoce la respuesta.

En caso se desee realizar alguna pregunta de este tipo, el contenido de esta pregunta no debe de ser relevante para su teoría del caso, de manera que no desacredite su posición frente al juzgador. Incluso, el mismo profesor portorriqueño, menciona que en caso deseemos tomar el riesgo, éste se puede minimizar tomando en cuenta las siguientes consideraciones[185]:

1. ***Conoce la identidad del testigo.-*** Se recomienda que, a más experiencia tenga el testigo en brindar sus declaraciones es menos aconsejable incurrir en el riesgo.
2. ***Reconoce la naturaleza del testimonio del testigo.-*** Si durante el tiempo que se realiza el interrogatorio, el testigo expresa un dato importante que respaldaría la teoría del caso que ha decidido seguir, se debe de ponderar el riesgo de poder obtener una respuesta desfavorable, por lo que solo se podrá incurrir en preguntas si se obtiene una respuesta mínimamente perjudicial.

---

[184] Cfr. FONTANET MALDONADO, J., *Principios y técnicas de la práctica forense*, 2ª ed., Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2002, p. 129.

[185] *Ibidem*, pp. 130-131.

3. ***Reconoce la novedad que podrá aportar el testimonio del testigo.-*** Esta afirmación parte de la premisa que el asunto expuesto por el testigo durante el contrainterrogatorio es totalmente nuevo para el abogado, puesto que si no hubiera sido presentado por la parte contraria con anterioridad. De tal manera, éste puede ser examinado solo si puede beneficiar la teoría del caso elegida.

Finalmente, haciendo una analogía, la imprudencia de poder realizar una pregunta de este tipo dentro del contrainterrogatorio, como señala Alejandro DECASTRO GONZÁLEZ, puede asemejarse a la que se presenta cuando, en una carretera, el conductor adelanta a otro carro en una pronunciada curva: Es posible llevarse una sorpresa muy desagradable[186].

3° **REGLA:** No repita el Interrogatorio Directo

Según Julio FONTANET MALDONADO, «uno de los errores más comunes de los abogados en el contrainterrogatorio consiste en repetir innecesariamente el examen directo»[187]. Al igual que FONTANET, diversos juristas han sostenido que es un ejercicio estéril reiterar, en el contrainterrogatorio, el pliego de preguntas formuladas en el examen directo[188].

En este sentido, el jurisconsulto norteamericano Paul BERGMAN sostiene que: «la razón de ser de esta regla es obvia: cuando en el contrainterrogatorio le pedimos al adversario que repita su interrogatorio directo, esto simplemente ayuda a elevar su credibilidad»[189]. Por lo que la producción de este efecto, en la mayoría de casos, puede contravenir los intereses del abogado que contraexamina.

A pesar de todo lo expuesto, dentro de las excepciones a las reglas generales de la teoría del contrainterrogatorio, hay que poner

---

186 Cfr. DECASTRO GONZÁLEZ, A., *El contrainterrogatorio*, 1ª ed., Comlibros, Medellin, 2009, pp. 475-476.

187 Cfr. FONTANET MALDONADO, J., *Principios y técnicas de la práctica forense*, 2ª ed., Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2002, p. 131.

188 Cfr. DECASTRO GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, p. 493; asimismo, FONTANET MALDONADO, J., *op. cit.*, p. 136; y PEÑA GONZÁLES, O., *op. cit.*, p. 35. Por su parte, BLANCO SUAREZ, et al., *op. cit.*,p. 212.

189 Cfr. MCCURLEY, M. y MERCIER, K. W., *op. cit.*, citado en *El Contrainterrogatorio*, 1ª ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellin, 2009, p. 493.

atención a la posibilidad que tienen los abogados experimentados de este arte, pues son ellos los que pueden realizar el contrainterrogatorio mencionando cuando tienen certeza que el testigo se encuentra preparado.

4° **REGLA:** No discuta con el testigo

Se sabe que para poder lograr los objetivos establecidos en un contrainterrogatorio no es necesario antagonizar con los testigos puesto que este accionar solo provocaría que el abogado muestre debilidades al desenfocar sus objetivos, con lo que pierde credibilidad ante la audiencia.

El autor norteamericano Steven GOLDBERG acertadamente advierte que «el ansia de discutir con el testigo proviene de la idea de que usted debe imponerse en el curso de repreguntas, del sueño de aniquilar por completo al testigo y de la creencia del abogado en el sentido de que puede «ganar puntos» en el curso de repreguntas»[190]. No obstante, el contrainterrogador, no debe de olvidar que es el protagonista en esta parte de la audiencia por lo que lo que debe buscar es que los juzgadores recuerden todo lo expresado en su contraexamen.

Es el profesor Julio FONTANET MALDONADO, que señala un conjunto de mecanismos para poder impedir que el testigo pueda explicar sus contestaciones, que a continuación detallaremos[191]:

1. **Hacer preguntas sugestivas**, de manera que no se puedan dar explicaciones.
2. **Solicitar el auxilio del tribunal** para que ellos le expliquen al testigo que si es que desea explicar algo, se lo puedo hacer en el re-directo.
3. **Hacer otra pregunta.-** En el momento en el que el testigo se encuentre explicando su contestación. Este mecanismo se debe de hacer con prudencia y sobre todo, con mucha cortesía.
4. **Interrumpir al testigo.-** Esta es la última alternativa que se puede.

---

[190] Cfr. GOLDBERG, *op. cit.*, p. 194, citado en *El Contrainterrogatorio*, 1ª ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellin, 2009, p. 494.

[191] *Ibidem*, pp. 135 y 136.

5. **Repetir la pregunta.-** Si el testigo se resiste a contestar la pregunta, se le puede repetir varias veces, hasta que se le vea obligado a contestarla.

5° REGLA: Concéntrese en el testigo y en sus respuestas

La doctrina es unánime en señalar que el último y más importante paso en la preparación del contrainterrogatorio consiste en escuchar y observar atentamente el comportamiento y las respuestas del testigo mientras es interrogado[192].

Por lo que, a pesar que esta regla es la más lógica de todas, es la más descuidada por los abogados. Si no obtenemos las respuestas que necesitamos, se debe de continuar interrogando al testigo sobre ese asunto.

Es común que el abogado esté tan ocupado mirando sus apuntes o pensando en la próxima pregunta que no presta la atención debida. Es así que el abogado norteamericano Lee BAILE sugiere al contrainterrogador que tenga las manos libres la mayor parte del tiempo y que sus ojos se concentren en el testigo. Pero si necesita de notas, entonces sacrificará la velocidad en el contraexamen[193].

6° REGLA: Desarrolle un sentido estratégico y de oportunidad

El saber cuándo preguntar es una de las habilidades que debe de desarrollar abogado litigante. No obstante, existen circunstancias en las que lo mejor es no contrainterrogar ya que no será beneficioso para la teoría del caso elegida.

Por lo que se extrae el ejemplo de Julio FONTANET[194]:

Contexto: Durante el interrogatorio directo el testigo de cargo relató cómo fue víctima de un robo. Además relata el cómo y dónde se cometió el delito, así también describe a la persona que lo ha cometido. Por lo que el fiscal le pregunta lo siguiente:

Fiscal: ¿Ha vuelto usted a ver que a la persona que lo asaltó?

Testigo: Sí, en varias ocasiones.

---

[192] Cfr. GOLDBERG, *op. cit.*, p. 200, citado en *El Contrainterrogatorio*, 1ª ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellin, 2009, p. 494.

[193] Cfr. BAILE, Lee, *op. cit.*, p. 157.

[194] *Ibidem*, p. 138.

Fiscal: ¿Durante el día de hoy lo ha vuelto a ver?

Testigo: No le he visto durante el día de hoy.

Fiscal: ¿Estás seguro?

Testigo: Muy seguro

Ejemplo antes expuesto, se puede reconocer que no se ha mencionado las características de la persona que cometió el delito por lo que, al abogado del acusado, al ponderar lo más beneficioso para su teoría, puede llegar a la conclusión que no le conviene realizar el contrainterrogatorio.

La intención de la pregunta resulta, como es natural, tanto más difícil de adivinar cuanto más lejana es su relación con el hecho que el testimonio tiene interés en deformar. Si, pues, queremos obtener una máxima sinceridad en los testimonios es necesario que eludamos en ellos cuidadosamente las preguntas que predisponen a la insinceridad[195].

En este sentido GOLDBERG enseña:

La actitud y la oportunidad son el fundamento que permite realizar el escenario de repreguntas está en la escena de la derrota, más que en la sustancia de las respuestas, las fallas en el ámbito de la actitud y la oportunidad pueden lograr que un episodio de repreguntas que parece perfecto en la transcripción fracase miserablemente en la sala del tribunal[196].

7° REGLA: Sea breve

Debido a la naturaleza del contrainterrogatorio como un medio para poder interrogar al testigo de la parte contraria en el juicio, se recomienda que este sea breve.

Como señala el maestro Lee BAILEY, el poder saber cuándo, dónde y cómo suspender un interrogatorio es una de las últimas cosas que aprende un abogado litigante[197]. Depende mucho de la experticia

---

[195] Cfr. MIRA y LÓPEZ, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, 5ª ed., Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1961, p. 128, citado en *El Contrainterrogatorio*, 1ª ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellin, 2009, p. 501.

[196] Cfr. GOLDBERG, *op. cit.*, p. 502, citado en *El Contrainterrogatorio*, 1ª ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellin, 2009, p. 494.

[197] Cfr. BAILEY, F. Lee, *Cómo se ganan los Juicios. El abogado Litigante*, Limusa, México, 2002, p. 158.

que haya podido desarrollar el abogado para poder determinar si las respuestas ofrecidas por el testigo son verdad, en caso sea así, trate de realizar un contrainterrogatorio breve.

Recuerde que no se puede interpretar que el realizar un contraexamen breve implique omitir algún tipo de evidencia contundente, puesto que con el fin de cumplir los propósitos de este momento de la audiencia, el abogado previamente ha seleccionado los temas y la manera de cómo probar sus hipótesis durante la sesión.

Es así que el autor norteamericano Howard **Nation** señala respecto a la brevedad del contraexamen:

> Cuando el contrainterrogatorio comienza usted tiene la atención renovada de los jurados, quienes están esperando por una confrontación interesante. Como sea, dando por sentado el regalo de una promovedora atención del jurado, usted debe retener esa atención formulando preguntas agudas, significantes y relevantes, y haciendo puntos de forma consistente durante el examen del testigo. Un contrainterrogador es tan bueno como lo sea su última serie de preguntas[198].

8 ° REGLA: Mantenga el ritmo

La velocidad es uno de los elementos principales del buen contrainterrogatorio. Es por ello que el autor Lee BAILEY afirma que «un contrainterrogatorio eficiente debe desarrollarse en un ritmo casi implacable, uno que no le da al testigo que trata de fabricar sus respuestas el tiempo suficiente para lograrlo»[199].

Por lo tanto, el ritmo del contrainterrogatorio debe ser un rápido martilleo con el que se pretende forzar una respuesta verdadera y exacta que brote involuntariamente del subconsciente del testigo, no obstante los esfuerzos conscientes de éste para formular las respuestas que mejor defiendan la posición que él haya tomado en el caso[200].

---

198 Cfr. NATION, H., «Cross-Examination», *op. cit.*, citado en *El Contrainterrogatorio*, 1ª ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellin, 2009. p. 504,

199 Cfr. BAILEY, L., *op. cit.*, p. 157.

200 Cfr. GOLDBERG, *op. cit.*, pp. 180 y 181, citado en *El Contrainterrogatorio*, 1ª ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellin, 2009, p. 504.

9º REGLA: Comience y termine con los puntos más fuertes

También llamada la exigencia de «primacy» y «recency», esta regla se basa en la observación que, como bien señala el profesor GOLDBERG, la atención del juzgador está más dispuesta al comienzo y al final de la diligencia[201]. Es por ello que tanto al inicio como al final del contraexamen debe de preguntar de manera fuerte y enérgica para que el juez pueda recordar la información extraída durante esta etapa de la audiencia.

[201] Cfr. GOLDBERG, *op. cit.*, p. 219, citado en *El Contrainterrogatorio*, 1ª ed., Librería Jurídica Comlibros, Medellin, 2009, p. 508.

XII
DECLARACIONES PREVIAS

12.1. Introducción

El uso en juicio de las declaraciones previas es una herramienta básica y muy importante dentro de la litigación oral. Esta permite a los abogados de las partes poder contar con material de trabajo acerca de la versión que muy probablemente podrán exponer los citados como testigos o peritos dentro del juicio, y será útil para el diseño de todas sus estrategias destinadas a la obtención de elementos necesarios que beneficien a su teoría del caso.

Dentro del marco de aplicación del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, aún podemos reconocer el interés de muchos abogados de aportar al juicio las declaraciones previas para que el juzgador las pueda valorar al resolver el caso. ¿Pero esto reafirma la política de aplicación de un sistema acusatorio vigente en el Perú? Lo que reafirma son ciertas prácticas del sistema inquisitivo.

Para los autores chilenos Andrés BAYTELMAN y Mauricio DUCE[202], la regla general de un juicio oral en un sistema acusatorio es que los testigos y peritos comparezcan de manera personal al juicio y que la declaración que será valorada por el juez será aquella que se efectúe en el mismo juicio oral.

Por lo tanto, como lo señala el artículo 378 inciso 6 de NCPP, el uso de las declaraciones previas en el juicio le facilitan al abogado el trabajo durante la declaración del testigo o perito, especialmente cuando el llamado a declarar se ha olvidado o se encuentra declarando inconsistencias. Es así que el testigo que no se acuerde del

[202] Cfr. BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *op. cit.*, p. 213.

hecho preguntado, podrá leer en el juicio la parte correspondiente a la pregunta formulada. Asimismo, para poder demostrar la inconsistencia de la declaración en juicio con la previa se le hará leer la parte correspondiente.

De la misma manera, en concordancia con el inciso 8 del artículo 378, los abogados de la parte contraria podrán contrastar al testigo o perito con lo declarado en otra etapa del proceso o fuera de ella respecto a los hechos materia de la causa.

En el derecho comparado se puede reconocer que dentro del Código Procesal Penal chileno en el artículo 322 se sumilla de la siguiente manera: la lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral y señala que solo una vez que el acusado, perito o testigo hubiera prestado su declaración, podrá leer durante el interrogatorio parte de sus declaraciones anteriores, prestadas ante el fiscal o juez de garantías, para ayudar a la memoria del mismo, para superar o demostrara contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes[203]. Por lo tanto, el legislador chileno, a diferencia del peruano, excluye la posibilidad de utilizar la declaración policial, exclusión que es fuertemente debatida en el país vecino.

Por todo lo antes expuesto, es importante iniciar este capítulo teniendo en cuenta que existen aspectos estratégicos que se deben valorar a la hora de decidir usar las declaraciones previas dentro del juicio y estas son las siguientes:

- Uso de ambos mecanismos no son impunes, generan costos para el litigante (credibilidad del testigo o credibilidad del propio litigante).
- Como toda actividad en juicio su ejercicio debe ser consecuencia de una evaluación de costo-beneficio.

12.2. Conceptualización

Para los juristas Andrés BAYTELMAN y Mauricio DUCE, la declaración previa es cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizarla con anterioridad y que consta en algún soporte[204].

---

[203] Código Procesal Penal Chileno, actualizado al 12 de diciembre del 2000.
[204] *Ibidem*, p. 215.

Para Rafael BLANCO y otros, las declaraciones prestadas por el acusado, la víctima, los peritos o los testigos, ante el fiscal o el juez de garantía, no constituyen prueba para los efectos del juicio, no pueden incorporarse como documentos y solo pueden utilizarse para el refrescamiento de la memoria de quien se encuentra prestando declaración o para evidenciar contradicciones en que ha incurrido en la declaración que acaba de prestar durante el juicio[205].

Para el autor de este libro, las declaraciones previas son todo tipo de declaraciones prestadas por el imputado o los testigos con anterioridad al juicio y no importando el formato en donde se registren (carta, video, etc.).

12.3. Regla general de las declaraciones previas

Antes de poder explicar los procedimientos para utilizar las declaraciones previas, se debe de tener en cuenta la regla general de estas. Y es así que la regla señala que la declaración de los testigos y los peritos en juicio no pueden ser sustituidas por la lectura de registros u otros en donde constarán versiones anteriores.

Por lo que, en palabras de Andrés BAYTELMAN y Mauricio DUCE, las declaraciones previas tiene el fin de contribuir a que la declaración que esté realizando el testigo o perito sea completa o pueda ofrecer elementos al juzgador para pesar la credibilidad del testigo[206].

Esto es debido a que su uso contravendría los principios fundamentales del procedimiento como lo son los de contradicción, inmediación, y obtención de información de calidad. A continuación, estos principios serán desarrollados para poder entender en magnitud la importancia de utilizar las declaraciones previas dentro del juicio.

El principio de contradicción, ampliamente desarrollado en el capítulo del contrainterrogatorio, hace referencia al derecho a obtener una decisión justa gracias a que las partes pueden contar con igualdad de armas en cuanto a sus atribuciones procesales de controlar.

---

[205] Cfr. BLANCO SUAREZ, Rafael *et al., op. cit.*, p. 233.
[206] Cfr. BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *op. cit.*, p. 214.

Respecto al principio de inmediación podemos decir que éste consiste en la inmediata comunicación que debe de existir entre el juez y las personas que actúan en el proceso, los hechos en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. El maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA señala que la inmediación puede ser subjetiva, objetiva y de actividad[207]. La inmediación subjetiva hace referencia a la proximidad o contacto con el juez y determinado elementos personales o subjetivos, entre sujetos del mismo proceso o terceros. La manifestación más relevante de este requisito es la audiencia en la que se ofrecen medios probatorios al juez para que sean valoradas. Respecto a la inmediación objetiva, ésta se refiere a la comunicación que debe de existir entre el juez con las cosas y los hechos que conciernen al proceso. Un ejemplo que ilustra esta inmediación objetiva puede ser la diligencia de reconstrucción de los hechos en la escena del crimen a la que asiste el juez.

Finalmente, el principio fundamental de obtención de información de calidad hace referencia a la potestad que tiene el sujeto de derecho a poder recabar todos los elementos que le permitan accionar el Derecho constitucional a probar dentro de un determino proceso.

12.4. Excepciones

Como bien expresa nuestro Código Procesal Penal en el artículo 378 inciso 6 y 8, existen dos excepciones en las que se pueden utilizar las declaraciones previas:

1. **Ayudar la memoria del testigo o perito.-** El objetivo de esta excepción es mejorar la calidad de declaración actual de manera que se pueda probar la verdad procesal que persigue el interrogador al ofrecer al testigo o perito.

2. **Para constatar o superar contradicciones.-** En esta excepción podemos manifestar inconsistencias en las que está cayendo el testigo o perito. El interrogador que se percate de estas inconsistencias podrá tomar dos caminos, o hacer que

[207] Cfr. DEVIS ECHANDÍA, H., *op. cit.*, p. 68.

su testigo pueda corregir lo que está declarando o simplemente pasarlo por alto. En caso del contrainterrogador, las contradicciones le permiten atacar credibilidad declaración actual del testigo o perito.

En ambos casos no hay sustitución declaración actual sino que elementos para contribuir o pesar credibilidad del testimonio.

12.5. Procedimiento para refrescar la memoria

A continuación se explicará uno de los procedimientos permitidos por el artículo 378 en el Nuevo Código Procesal Penal a través del siguiente esquema:

Luego de mostrar el esquema pasaremos a desarrollar el siguiente ejemplo para poder reconocer su aplicación en el caso concreto.

PRIMER PASO Habiendo generado escenario de duda.-Recuerda haber prestado una declaración...	• Mario Esteves tenía 18 años cuando es testigo presencial de un homicidio calificado perpetrado hace 20 años durante la época del terrorismo. El testigo olvida el sexo de la víctima que observó en la pampa del cerro.A pesar de todos los años que han transcurrido, sorprende a todos los presentes que se haya olvidado de ese dato que es fundamental en el relato. En suma, mientras más difícil sea para el testigo declarar acerca de esa información de esa relevancia, se me mellada la credibilidad puesto que se puede observar que el abogado lo está haciendo leer.La mayoría de asistentes y participantes de la audiencia cuestionan el desenvolvimiento al leer, por lo que pueden llegar a la cuenta de que su declaración únicamente se basa en la calidad de la información escrita, por lo que aparentemente el testigo no tiene mucho valor agregado respecto del papel, que no es suficientemente confiable».
SEGUNDO PASO Tenderle el puente. Le ayudaría a recordar mejor... Le refrescaría la memoria...Recordaría mejor..., etc., etc.	**Abogado:** ¿Le refrescaría la memoria examinar esa declaración? **Esteves:** Sí, claro, sería de gran utilidad.

TERCER PASO Exhibición y reconocimiento. Me podría decir que es lo que le estoy mostrando. Etc., etc.	**Abogado:** (Mientras el abogado ha realizado estas preguntas, ha tomado la declaración previa y se la ha exhibido a la contraparte antes de formular su pregunta). Señor Esteves, ¿nos podría decir qué es esto que le exhibo en este momento? **Esteves:** Se trata de la declaración que presté ante el Ministerio Público. **Abogado:** ¿Cómo sabe que se trata de dicha declaración?**Esteves:** Al final de la hoja está mi firma, la de mi abogado y la del fiscal, además, en la hoja figura la fecha en la que fui al Ministerio Público, estas son las cosas que dije.
CUARTO PASO LecturaPodría leer (en silencio, para sí) el párrafo... Por favor dígame ahora...	**Abogado:** Señor Esteves, ¿podría leer en silencio por favor el párrafo marcado con lápiz rojo de su declaración? (Abogado le indica además el párrafo). **Esteves:** Sí. **Abogado:** (dándole tiempo al testigo) Señor Esteves, ¿leyó el párrafo? **Esteves:** Sí. **Abogado:** Sería tan amable de devolverme la declaración, por favor... **Esteves:** ¿Recuerda con precisión el sexo del agraviado?**Abogado:** Sí, claro, la víctima era una mujer de unos 35 años que asistía a las reuniones de Sendero Luminoso, lo que pasa es que estaba un poco nervioso, pero ahora recuerdo con claridad, era una mujer de contextura gruesa, piel trigueña con trenza.

12.6. Procedimiento para manifestar inconsistencias

Como señala el jurista colombiano Orlando Alfonso RODRÍGUEZ CHOCANTÁ la exposición sobre un acto humano o un hecho debe de tener coherencia lógica sobre todo momento. No se puede entender que existan posiciones diametralmente opuestas sobre un mismo acontecimiento proveniente del mismo testigo en diferentes lapsos de tiempo[208]. Por lo que al reconocer este tipo de irregularidades, se le resta credibilidad al testigo y es el abogado de la parte contraria el encargado para hacer conocer a los magistrados de dichas inconsistencias.

[208] Cfr. RODRÍGUEZ CHOCONTÁ, O., *El testimonio penal y sus errores*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2005, p. 143.

Por lo antes expuesto, a continuación se explicará uno de los procedimientos permitidos por el artículo 378 en el Nuevo Código Procesal Penal a través del siguiente esquema:

Luego de mostrar el esquema pasaremos a desarrollar el siguiente ejemplo para poder reconocer su aplicación en el caso concreto.

PRIMER PASO Fijar inconsistencia.Se requiere estar en el mundo de una inconsistencia y que ésta sea relevante. Preguntas para fijar declaración actual inconsistente, cerrar la trampa.	• Eulogia Silva, una mujer de 50 años que sufre de miopía se encontraba a las 12 p.m. camino a su casa cuando fue testigo de una violación sexual. **Fiscal:** ¿Usted vio a la persona que violó a la menor de edad de siglas OSD? **Silva:** Sí, lo pude identificar claramente. **Fiscal:** ¿Y dice que la persona a quien usted vio violando a la menor de edad tenía un corte en el brazo? **Silva:** Así es. **Fiscal:** ¿De qué tamaño era? **Silva:** Era grande, como del porte de mi mano, más o menos... **Fiscal:** ¿En qué parte del brazo se encontraba exactamente? **Silva:** En el brazo derecho, en la mitad de arriba... **Fiscal:** ¿Es posible que esté confundida, y que la persona que estaba violando a OSD no haya tenido ningún corte? **Silva:** No, recuerdo perfectamente que tenía el corte.A estas alturas, el testimonio respecto al corte en el brazo del violador está más que fijo, de manera bastante específica, y difícilmente podría ser negado o relativizado en los puntos que el juzgador acaba de oír.
SEGUNDO PASO Reconocimiento Declaración Previa	**Fiscal**: Señor testigo, ¿Recuerda haber sido interrogado por la policía unos tres días después de que estos hechos tuvieron lugar? **Silva:** Sí. **Fiscal:** Y usted sabía que esos policías estaban tratando de dar con el paradero del violador de la OSD, ¿verdad? **Silva:** Por supuesto. **Fiscal:** ¿Y usted quería contribuir con el trabajo de la policía en este caso? **Silva:** Claro, quería que agarraran al miserable... **Fiscal:** Y por eso, cuando la policía lo entrevistó, usted se esforzó por darle todos los detalles que recordaba sobre lo sucedido... **Silva:** Sí, me acordaba de todo perfectamente... **Fiscal:** Y usted se esforzó por recordar todo lo que pudiera, ¿no?

	Silva: En efecto. **Fiscal:** Y de hecho, recordaba los detalles bastante bien, solo dos días después de ocurridos los hechos... **Silva:** Bueno, podría decirse... **Fiscal:** Debido a que le tomaron las declaraciones tres días después de los hechos, que hoy, nueve meses después, ¿no?
TERCER PASO Rodear Condiciones Legitimidad.Aspectos: momento, volunta-riedad, deseo de cooperación, firma, presencia de defensor, etc. **Silva:** Claro, pero ahora recuerdo todo muy bien...	**Fiscal:** Y cuando terminó de declarar, ¿firmó una transcripción de dicha declaración? **Silva:** Sí. **Fiscal:** Y supongo que la leyó antes de firmarla, ¿verdad? **Silva:** Sí. **Fiscal:** Y usted nos dijo que quería que «agarraran el miserable»... **Silva:** Sí. **Fiscal:** Y esa es la razón por la que tenía especial interés en que la policía hubiera registrado todo lo que usted les había dicho... ¿no es cierto? **Silva:** Sí, claro. **Fiscal:** Déjeme preguntarle de nuevo, entonces, dado que está su firma puesta en esa declaración, ¿la leyó antes de firmarla...? **Silva:** Sí, la leí. **Fiscal:** Y la firmó porque la transcripción reflejaba lo que usted les había dicho, ¿no es verdad? **Silva:** Sí, definitivamente. **Fiscal:** Bueno, ¿no le dijeron los policías y el fiscal que si la transcripción no reflejaba exactamente lo que usted les había dicho, que se los hiciera saber? **Silva:** Sí, lo mencionaron. **Fiscal:** Sin embargo, cuando usted leyó la transcripción no les hizo saber de ninguna imprecisión... ¿verdad que no? **Silva:** No. **Fiscal:** La leyó y la firmó... **Silva:** Sí. **Fiscal:** Porque la transcripción, de hecho reflejaba lo que usted les había dicho a los policías... **Silva:** Sí. **Fiscal:** Sin embargo, cuando usted leyó la transcripción no les hizo saber de ninguna imprecisión... ¿verdad que no? **Silva:** No. **Fiscal:** La leyó y la firmó... **Silva:** Sí.

	Fiscal: Porque la transcripción, de hecho reflejaba lo que usted les había dicho a los policías... **Silva:** Sí. **Fiscal:** Señor testigo, le voy a mostrar un documento. Le voy a pedir que lo mire con atención y que me diga si lo reconoce. (Se lo muestra a la contraparte y se lo pasa al testigo) **Silva:** Sí, señor. Es la declaración que me tomaron los policías cuando me interrogaron. **Fiscal:** ¿Es esta la declaración de la que hablábamos recién, en la que usted se esforzó por recordar todos los detalles útiles, solo cuatro días después de cometido el delito? **Silva:** Sí. **Fiscal:** ¿Cómo sabe que se trata de su declaración? **Silva:** Bueno, aquí está mi firma.
CUARTO PASO Evidenciar Inconsistencia Lectura pública Dejo el punto y no me quedo. **Fiscal:** Señor testigo, le	voy a mostrar un documento. Le voy a pedir que lo mire con atención y que me diga si lo reconoce. **Silva:** Sí, señor. Es la declaración que me tomaron los policías cuando me interrogaron. **Fiscal:** ¿Es esta la declaración de la que hablábamos recién, en la que usted se esforzó por recordar todos los detalles útiles, solo tres días después de cometido el delito? **Silva:** Sí. **Fiscal:** ¿Cómo sabe que se trata de su declaración? **Silva:** Bueno, aquí está mi firma. **Fiscal:** ¿Podría, por favor, leerle al tribunal la parte de ella en que aparece mencionada la palabra «corte en el brazo derecho»? **Silva:** Bueno... no está señor. **Fiscal:** ¿Ni una sola mención a un corte? **Silva:** Bueno, lo que pasa es que... **Fiscal:** ¿Usted utiliza lentes para poder ver distancias largas? **Silva:** Así es. **Fiscal:** ¿Usted llevaba sus lentes el día que estuvo en la escena del delito? **Silva:** No, pero.... **Fiscal:** Señor testigo, ya habrá oportunidad de que nos explique qué es lo que pasa. De momento, lo que quisiera que le dijera al tribunal es si aparece en esa declaración, en alguna parte, la palabra «corte». **Silva:** No, señor, en ninguna...

XIII
OBJECIONES

13.1. Conceptualización

Para Carlos SOLÓRZANO GARAVITO son el mecanismo de que se valen los sujetos procesales para materializar las reglas que rigen el juicio, en la medida que a través de ellas se evita que se incorporen al proceso preguntas, respuestas o alegatos que violen parámetros de lealtad o que definitivamente no tienen que ver con los temas materia de discusión dentro del mismo[209].

Para QUIÑONES VARGAS las objeciones constituyen un mecanismo para ejercer el derecho de contradicción en el juicio oral e incluso en los alegatos de clausura[210].

Respecto al tema, BAYTELMAN y DUCE, podemos afirmar que este mecanismo constituye la forma, que tienen las partes en juicio, de manifestar su disconformidad con cualquier actividad de la contraparte, que pueda afectar sus derechos o poner en riesgo la vigencia de las reglas que rigen el desarrollo del juicio oral[211].

---

[209] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, C., *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 307.

[210] Debido a que en los alegatos finales, los abogados de las partes pueden hacer una relación de los hechos probados y de los derechos que se pueden aplicar al caso, los abogados de la parte contraria pueden objetar. Vid. QUIÑONES VARGAS, Héctor, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, 1ª ed., Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, pp. 204 y ss.

[211] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Alternativas, Lima, 2005, p. 185.

Así será objetable, en palabras de QUIÑONES VARGAS, que todo aquel elemento o material de prueba contrario al ordenamiento probatorio o procesal vigente. De igual forma, podrán ser objetables las actuaciones impropias de las partes y del juez en el proceso[212].

Según Thomas MAUET las objeciones son el procedimiento utilizado para oponerse a la presentación de la evidencia inadmisible, como también objetar un comportamiento indebido durante el juicio[213].

Para Orlando RODRÍGUEZ CHOCONTÁ las objeciones son un importante instrumento que está a disposición tanto del acusador, como de la defensa y del Ministerio Público, en que se opone a la formulación de una pregunta. Debe de ser ejercida con técnica, para lograr un resultado satisfactorio en la cristalización de la pretensión.

Para el autor de este libro, las objeciones son mecanismos con los que cuentan las partes en el juicio para ejercer el derecho de contradicción de manera que se evita que se incorporen al proceso preguntas, respuestas y alegaciones, así como también comportamientos indebidos, que puedan afectar derechos fundamentales.

13.2. Base Constitucional y Legal

Nuestra Constitución de 1993 expresa en su artículo 139 la macro garantía constitucional del debido proceso, garantía que a su vez se engloba una serie de derechos. El derecho de defensa eficaz es uno de los derechos contenidos en dicha macrogarantía, que a su vez se encuentra compuesto por dos grandes principios: Acusación y de contradicción. Este último principio de contradicción, es el más preponderante en el mecanismo de las objeciones[214].

Así mismo, en el artículo 170° del Código Procesal Penal del Perú del 2004, modificado por el artículo 3° de la Ley N° 30076, expresa taxativamente la posibilidad de poder objetar en las siguientes líneas:

---

[212] Cfr. QUIÑONES VARGAS, Héctor, *op. cit.*, p. 176.

[213] Cfr. MAUET, *Trial Techniques*, Aspen Publishers, 1996, p. 419, en FONTANET MALDONADO, J., *Principios y técnicas de la práctica forense*, 2ª ed., Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2002, p. 69.

[214] El principio de contradicción será explicado en el siguiente capítulo.

6. Son inadmisibles las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas, salvo esta última, en el contrainterrogatorio. El fiscal o el juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal».

De tal manera, el término objeción dentro de ese Sistema Procesal Penal Acusatorio Adversarial presume que los actores del proceso pongan reparo a algún medio de prueba que se pretenda introducir al proceso por alguna de las partes del proceso, incluido el juez, siendo este último el responsable de resolver dicha objeción[215]. En contraste, en el caso del Sistema Inquisitivo, fuertemente enraizado en la aplicación del Código de Procedimientos penales de 1940, las objeciones -técnicamente- reciben el nombre de incidentes y no cuentan con un formato en cuanto están regidos por la lógica del debate.

13.3. ¿Cuál es el propósito de las objeciones?

En esencia, estos mecanismos están dirigidos a evitar el ingreso al debate oral de pruebas ilegales, inconducentes, superfluas y repetitivas, a enfrentar la prueba buscando minimizar su efecto demostrativo y a evitar comportamientos indebidos en el debate oral que puedan afectar los principios de buena fe, lealtad, eficiencia, eficacia y presunción de inocencia.

13.4. Reglas para formular las objeciones

Según el autor Carlos SOLÓRZANO GARAVITO, existen 11 reglas que van a permitir que la objeción tenga efecto dentro del juicio. A continuación se explicará cada una de ellas:

a. La objeción debe de ser oportuna

Se debe de formular la objeción en el momento establecido por Ley Procesal Penal. Esta regla implica que el abogado debe de actuar en cuestión de segundos ya que su plazo máximo para interponer la objeción culmina cuando el testigo responde la pregunta, o el acto objetable se realiza.

---

[215] Cfr. RODRÍGUEZ CHOCONTÁ, O., *El testimonio Penal y sus errores, su práctica en el Juicio Oral y Público*, 2ª ed., Temis, Bogotá, p. 146.

b. Las objeciones se deben de realizar de manera inmediata

Como señala Julio FONTANET no se debe de esperar a que el abogado contrario termine de formular su pregunta, puesto que no se podría subsanar el perjuicio indebido causado en la mente de los juzgadores, la consideración de una manifestación incriminatoria inadmisible[216].

A continuación se expondrá un caso en el que se desarrolla un ejemplo de objeción extemporánea basado en un caso violación sexual a menor de edad:

Fiscal: «¿Luego qué pasó?»

Menor: «El intentó, no sé, abusar de mí».

Fiscal: «¿Intentó abusar de ti nada más?

Menor: «Sí doctora».

Se puede denotar del interrogatorio planteado que era evidente que la respuesta de la víctima era insatisfactoria para la parte acusadora, por lo que se anticipaba la siguiente interrogante, de características claramente sugestivas: «¿Intentó nada más o abusó de ti?», respondiendo inmediatamente «abusó de mí». El abogado defensor del acusado, claramente distraído, formula objeción extemporáneamente[217].

Por otro lado, es importante mencionar que existen objeciones continuas o «standing objetion» en las que el abogado tiene el deber de dar a conocer al juez de las continuas vulneraciones, por lo que se atraerá la atención del Juez. Por lo antes expuesto, se cita un ejemplo extraído del Julio FONTANET en el que ilustra las objeciones continuas:

Fiscal: Oficial, ¿conocía usted previamente al acusado?

Oficial: Sí, toda vez que yo lo había arrestado hace tres años por un caso similar.

---

[216] Cfr. FONTANET MALDONADO, J., *Principios y técnicas de la práctica forense*, 2ª ed., Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2002, p. 71.

[217] Cfr. REYNA ALFARO, L. M., *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo Código Procesal Penal*, 1ª ed., Grijley, Lima.

Abogado: Objeción su Señoría. No es pertinente.

Juez: No ha lugar señor Fiscal.

Fiscal: Oficial, ¿podría usted hablarnos sobre ese caso anterior?

Oficial: Sí, cómo no. Lo arresté por un caso de venta de droga en circunstancias muy parecidas a las del presente caso. Recuerdo que en aquella ocasión...

Abogado: Objeción su Señoría. Reiteramos nuestra objeción. El tribunal debe entender que esta línea de interrogatorio es inadmisible; queremos que conste nuestra objeción continua a toda evidencia que surge del mismo.

Juez: Así se hace constar, continúe señor Fiscal.

c. El abogado siempre debe de pensar en el juez

Bajo la premisa que solo se debe de objetar en la medida que la pregunta o respuesta afecte de manera perjudicial a su teoría del caso, el abogado que escucha el interrogatorio o contrainterrogatorio y objeta, se muestra como un profesional competente que desea mostrar las fortaleza de sus argumentos por lo que produce una impresión ante el juez de ser alguien capacitado.

Recuerde que es el Juez el que decide la resolución de la causa por lo que importa todo lo que el abogado pueda trasmitir tanto en su lenguaje verbal y no verbal a través del juicio.

d. La objeción debe de impactar

Durante el momento del interrogatorio y contrainterrogatorio, el interrogador y el testigo son los que cuentan con la máxima atención de los juzgadores, por lo que, ante la objeción oportuna e inmediata del abogado de la parte contraria, los juzgadores centrarán su atención en la posición que desee sustentar.

e. Primero se debe de objetar, luego sustentar

A pesar de ser muy lógica esta regla, se puede reconocer que muchos abogados la omiten. El abogado que objete primero debe de pedir el uso de la palabra, formular su objeción y finalmente desarrollarla frente al juez.

f. Fundamentación jurídica

Esta hace referencia a la razón legal que permite que pueda realizar la objeción. Por lo tanto, a través del Derecho usted podrá reconocer, por ejemplo, si un testigo no cuenta con las características necesarias señaladas por la ley para tener la condición de un testigo técnico.

g. La objeción debe de ser sustentada de manera sucinta y efectiva

Debido a que el juicio se caracteriza por la confrontación intermitente entre las partes, en el momento que el abogado de una de las partes objete alguna de las preguntas formuladas por el abogado interrogador, el Juez debe de poder reconocer de manera inmediata el sustento claro y efectivo, que genere la convicción que el interrogador está especulando sobre un hecho que no ocurrió.

h. La objeción debe de ser trascendental

La pregunta objetada por el abogado debe de caracterizarse por contravenir de manera notable a la teoría del delito elegida, por lo que solo ejercerá esa posibilidad ante una vulneración inminente a su postura.

i. La objeción debe de ser presentada de manera cortés

Debido a que el juez es el encargado de aceptar o denegar la objeción, importa que el abogado que la sustente, trate de persuadir con argumentos contundentes, mas no en el modo de plantearlo ya que esto, volcará una imagen negativa del abogado frente al juzgador.

j. La ética

En la práctica jurídica se puede reconocer algunas actitudes maliciosas que cuentan algunos abogados que objetan las preguntas con el único fin de romper la fortaleza de la contraparte, basándose en argumentos que no cuentan con un fundamento jurídico adecuado. Por lo tanto, el abogado que contrapone la objeción debe de tener en cuenta que en caso el juez reconozca esa actitud maliciosa, pueda aplicar medidas correctivas inmediatas.

13.5. Reglas para quien recibe las objeciones

En el momento en el que se presenta una objeción por el abogado de la parte contraria, el interrogador debe de analizar de manera ágil la estrategia a desarrollar. Una de las primeras estrategias, previas al interrogatorio, es poder prever en qué temas pueden ser objetadas de manera que se puede preparar argumentos a favor de lo que se ha decido desarrollar durante el juicio.

Si durante el juicio, se presenta una objeción no prevista, el interrogador o contrainterrogador no puede intimidarse, puesto que algunos abogados solo efectúan este mecanismo con la finalidad de captar la atención del juez y relativizar la teoría del caso del interrogador. Mucho menos, el interrogador debe de decidir terminar con las preguntas ya que estaría trasmitiendo un mensaje negativo implícito al juzgador que puede menoscabar en la imagen ya obtenida frente al juez.

La reorganización de la pregunta que ha sido objetada es un procedimiento que debe de ser realizado de la manera más rápida y efectiva, solo si es indispensable, se pueda formular la misma pregunta de manera distinta, solo si esta pregunta afecta irreparablemente a la teoría del caso que se está sosteniendo. Para los autores chilenos BAYTELMAN y DUCE, no es necesario pelear todas las objeciones si es que se reconoce que la contraparte tiene razón, por lo que por prudencia, es recomendable dejar la pregunta y reformular la pregunta con el fin de que no se pierda la dinámica y el Tribunal pierda la información que el interrogador desea mostrarle[218].

Por todo lo antes expuesto, el autor de este libro comparte la idea del jurista colombiano Carlos SOLÓRZANO GARAVITO que señala cuatro reglas para quien recibe la objeción, que son mostradas en el siguiente esquema.

13.6. Clases de objeciones

Existen una serie de clases de objeciones desarrolladas por diversos juristas, no obstante, se desarrollará un recuadro donde podrá dilucidar dos de las clasificaciones más completas:

---

[218] Cfr. BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, 1ª ed., Alternativas, Lima, 2005, p. 156.

A continuación de desarrollarán cada una de estas clases:

A. Según la introducción de la información al juicio

1. Objeción de un alegato

Se pueden plantear objeciones tanto en los alegatos iniciales como los de clausura ya que en el curso de estas dos sesiones, las partes contrarias pueden realizar intervenciones que van más allá del tema a desarrollar en las mencionadas audiencias.

A continuación, se expone un ejemplo bastante común de objeción en los alegatos de apertura:

> **Fiscal:** Señores miembros del jurado, en este juicio los hechos van a demostrar que Víctor sí mató a su padre de manera premeditada.
>
> **Abogado:** Objeción. Las manifestaciones vertidas por el fiscal contra mi cliente son irrespetuosas.

Respecto a los alegatos finales, según Carlos SOLÓRZANO GARAVITO, los principales aspectos a objetar por el abogado son los siguientes:

a. Se argumenta tergiversando la prueba.
b. Se argumenta citando doctrina o jurisprudencia tergiversada o inventada.
c. Se argumenta utilizando argumentos ofensivos para la contraparte.
d. Se argumenta utilizando argumentos impertinentes.

No obstante, en la práctica diaria se puede reconocer que son muy pocos los abogados que aplican las objeciones en los alegatos de clausura.

2. Objeción de una objeción

Según PEÑA GONZÁLES, este tipo de objeción se produce en el caso que el litigante al contestar el traslado conferido introduzca el dato probatorio que ha sido materia de objeción o incidente[219].

---

[219] Cfr. PEÑA GONZÁLES, O., *Técnicas de Litigation Oral*, 1ª ed., APECC, Lima, 2009, p. 242.

B. Objeciones a las pruebas

1. **Inconducentes.-** Hace referencia a que un determinado medio probatorio ofrecido no puede configurarse como prueba ya que contraviene a lo estipulado por la ley. Ejemplo: En el proceso de prescripción adquisitiva de propiedad, la ley establece que el demandante debe de ofrecer como máximo tres testigos para que declaren en la audiencia respectiva, por lo que la presentación de más testigos se muestra como inconducente.
2. **Impertinente.-** Son aquellas que no guardan relación con los hechos que se quieren demostrar por lo que no funcionan para acreditar el hecho materia de debate.
3. **Ilegales.-** Son aquellas que son introducidas al proceso de manera contraria a la ley, vulnerando el derecho constitucional al Debido Proceso.
4. **Ilícitas.-** Se obtienen a través de la vulneración a los Derechos Fundamentales de las personas.

   Ejemplo: Un testimonio obtenido con la violencia.
5. **Que conduzcan a la creación de perjuicios.-** Debido a que la Constitución Política del Perú señala que no está permitida la discriminación por razones raciales, de género, ideología política, religiosa, etc. Las partes en el proceso están obligadas a no introducir temas que afecten al razonamiento del juez para fallar.

C. Objeciones a diferentes tipos de preguntas

La interrogación en el juicio oral de los testigos ofrecidos cuentan con una característica infaltable y ésta es que toda la información que sea brindada por estos provengan del conocimiento que ellos mismos tengan de un determinado hecho o circunstancia que aporte a la teoría del caso del actor del proceso que lo llame a declarar. Por lo tanto, cualquier intento de que dicha información provenga de los abogados que los presentan o interrogan debe de ser objetada.

A continuación le presentamos los tipos de objeciones más frecuentes a preguntas, en las que se señalará un ejemplo por cada

tipo de pregunta:

1) Preguntas que generan una presión indebida

   Contexto: En medio de un contrainterrogatorio en el que el entrevistador no está obteniendo las respuestas deseadas el abogado afirma:

   Pregunta: ¿Le recuerdo que en caso usted esté declarando de manera falsa puede estar cometiendo un delito contra la administración Pública?

2) Preguntas sugestivas

   Ello significa que la forma de preguntar de los diversos actores de proceso no debe de contener en su formulación la respuesta. Pueden ser preguntas abiertas y/o cerradas correctamente distribuidas a lo largo del interrogatorio.

Para poder dilucidar completamente este tipo de objeción, se expone el siguiente ejemplo de pregunta sugestiva:

Examinador: ¿Logró usted observar que los policías golpeaban salvajemente a un sujeto que se resistía a ser intervenido, no es cierto?

Testigo: Sí.

Examinador: ¿Usted se encontraba en frente del banco en el que ocurrió el delito, no es verdad?

Testigo: Sí.

Por lo que para los autores BLANCO SUÁREZ, DECAP FERNÁNDEZ, MORENO HOLMAN y ROJAS CORRAL para evitar la sugestividad, se debe de solicitar la autorización al juzgador para presentar evidencia material, de manera que a partir de su legitimación, la pueda ver la intervención del testigo o perito.

Por ejemplo[220]:

Examinador: ¿Qué es esto que le estoy mostrando?

Testigo: El arma que observé en el sitio del suceso.

---

[220] Ejemplo extraído de BLANCO SUAREZ, Rafael *et al.*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, 1ª ed., Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 196.

Examinador: ¿Por qué la reconoce?

Testigo: Porque es de color negro y tiene una marca en la cacha.

3) Preguntas engañosas o capciosas

Contexto: El testigo se encuentra declarando respecto al *piersing* que tenía en la ceja.

Abogado: ¿En dónde se encuentra su tatuaje?

4) Preguntas confusas o ambiguas

Contexto: El interrogador desarrolló la exposición de los hechos con relevancia jurídica a través del interrogatorio, por lo que en el momento culminante en el que el testigo está declarando sobre el momento en el que se consuma el asesinato dentro de una vivienda multifamiliar.

Abogado: ¿Quiénes se encontraban presentes en la vivienda antes que se perpetre el delito?

5) Preguntas conclusivas

Contexto: Un chofer que se encuentra en estado de ebriedad y es detenido por un policía. El abogado se encuentra interrogando al imputado.

Abogado: ¿Hablaba en serio cuando el policía le pidió 500 soles con tal que no lo lleve a la comisaria?

6) Preguntas Irrelevantes

Abogado: ¿De qué color era la ropa de los obreros que se encontraban cerca de la construcción en la que falleció su tío?

7) Preguntas compuestas

Abogado: Señor Mario Gonzales, la tarde del 24 de diciembre, fecha que hemos hecho referencia antes, ¿se encontraba en la casa de Josefina Timoteo tomando lonche y viendo televisión?

8) Preguntas especulativas

Abogado: Señor Armando, ¿no es posible que su hermana se haya encontrado con su asesino durante el horario de clases?

9) Preguntas argumentativas

Abogado: Cuando usted vio desde lejos que todos los carros de bombero se dirigían hacia la zona del incendio ¿Usted supo que

ya habían quemado el cuerpo previamente acuchillado de Eulogio Sánchez?

10) Preguntas que solicitan opinión a un testigo no calificado

Contexto: A un testigo que declara sobre la herida de la víctima se le pregunta.

Abogado: Según su opinión, ¿cuánto tiempo tiene para ejercer sus labores una persona que cuente con la herida que usted vio en Juan Pérez?

11) Preguntas tendenciosas

Contexto: El testigo nunca ha declarado que se encontraba tomando en la escena del crimen.

Abogado: ¿Podría recordarle a la sala qué trago se encontraba tomando en el momento que se suscitó el robo del bar?

XIV
PRUEBA PERICIAL

14.1. Introducción

Con respecto a los medios probatorios ofrecidos en la etapa de juzgamiento, son la declaración testimonial y el examen pericial las pruebas esenciales para poder aclarar el panorama respecto a la comisión de un evento criminal. No obstante, ambas declaraciones cuentan con características particulares.

Un ejemplo de dicha diferencia es la señalada por MONTERO AROCA que radica en que los peritos sí pueden ser interrogados de manera conjunta si es que estos se van a manifestado sobre los mismos hechos a diferencia de los testigos que lo realizan de manera individual[221].

De esta manera, a través de este capítulo se desarrollará el tema de las pruebas periciales, las cuales son necesarias para poder ejercer el derecho a probar. Por todo lo señalado, se muestra el siguiente esquema para que se pueda reconocer de manera sencilla los puntos a desarrollar en este tópico.

14.2. Conceptualización

Para poder conocer de manera general en qué consiste la prueba pericial, se debe de definir algunas palabras que ayudarán a la mejor comprensión del tema.

14.2.1. Pericia

Existe cierto consenso doctrinario en cuanto a la definición de pericia. Esta es considerada como un medio de investigación y prue-

---

[221] Cfr. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, tomo III, 1991, pp. 353-355.

ba que tiene por finalidad acreditar los hechos objeto de enjuiciamiento mediante el informe técnico que se aporta al proceso un experto en una determinada disciplina científica[222].

El autor de este libro considera a la pericia como una actividad realizada por terceros ajenos al proceso, que a través de la aplicación de conocimientos especializados, que pueden ser de carácter científico, artístico, técnico o práctico, pueden estudiar y valorar un objeto de prueba dentro de un debate procesal.

a. Finalidad de la pericia

Es así que en el artículo 172°, inciso 1, del CÓDIGO PROCESAL PENAL peruano, se señala la finalidad con la que se debe de practicar la pericia[223]:

> *«La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada».*

De la misma manera, los maestros BAYTELMAN y DUCE señalan que el rol del dictamen del experto es explicar su significado en términos comunes y exactos dirigidos a generar convicción en los magistrados[224].

14.2.2. Peritos

Para el jurista peruano Alonso PEÑA-CABRERA FREYRE, el perito es una persona versada en ciertas materias especializadas de la ciencia del saber humano, cuyo aporte en el juicio es esencial para poder esclarecer el objeto del proceso[225].

Un detalle interesante es que en algunas legislaciones como la colombiana, se describen quienes pueden ser peritos: 1. Las personas que con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte; 2. En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en las respectivas, ciencia, técnica, arte, oficio o afición, aunque carezcan de título»[226].

---

222 Cfr. LLUCH, X. y GONZALEZ, M., *Estudio sobre la prueba penal*, 1ª ed., tomo II, La Ley, 2011, p. 464.

223 *Vid.* Decreto Legislativo N° 957.

224 Cfr. BAYTELMAN A. y DUCE, M., *op. cit.*, p. 282.

225 Cfr. PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso, *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, 1ª ed., Rodhas, Lima, 2009, p. 415.

226 Lo señalado hace referencia al artículo 408° del Código de Procedimientos Penales de Colombia, 2004.

14.2.3. Los testigos expertos

Para poder diferenciar de:[227]

PERITO	TESTIGO EXPERTO
Son personas que cuentan con una experticia especial en el área del conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional.	Es un testigo, que sin ser ofrecido como perito tiene un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia. Puede dar opiniones respecto a las pericias realizadas por el perito ya elegido previamente.

14.2.4. La prueba pericial

Para poder comprender que es la prueba pericial, primero debemos de conocer que es la actividad pericial. Es así que el maestro César SAN MARTÍN CASTRO, SEÑALA QUE LA DOCTRINA PROCESALISTA HA ESTABLECIDO RESPECTO a la actividad pericial lo siguiente[228]:

Por lo antes explicado, la prueba pericial se encuentra desarrollada dentro del informe pericial.

14.3. Producción del testimonio del perito

14.3.1. Conceptualización

Para los autores chilenos BLANCO SUÁREZ, DECAP FERNÁNDEZ, MORENO HOLMAN y ROJAS CORRAL el examen directo de peritos puede conceptualizarse como la revisión de aquellos expertos en determinada ciencia, arte u oficio, que han sido presentados con las debidas acreditaciones en la audiencia de preparación del juicio oral, para que puedan explayarse en el juicio sobre sus conocimientos expertos y los resultados de las pericias por ellos practicados a determinadas personas, objetos o lugares.

14.3.2. Preparación del examen directo para el perito

El examen de los peritos se inicia con la exposición breve de los contenidos y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario, el juez ordenará la lectura de la pericia.

---

[227] Cfr. BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *op. cit.*, p. 262.
[228] Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Grijley, tima, p. 695.

Se les mostrará la pericia y se les preguntará si la pericia mostrada es de su autoría o ha sufrido alguna modificación o si es la firma que aparece al final del dictamen. Luego de ello, se les pedirá que expliquen las operaciones periciales que han realizado y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, primero por el abogado que ofreció la prueba y luego por la parte contraria.

«Artículo 181°.- Examen pericial.-[229]

1. *El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene. Tratándose de dictámenes periciales emitidos por una entidad especializada, el interrogatorio podrá entenderse con el perito designado por la entidad.*
2. *En el caso de informes periciales oficiales discrepantes se promoverá, de oficio inclusive, en el curso del acto oral un debate pericial.*
3. *En el caso del artículo 180.2, es obligatorio abrir el debate entre el perito oficial y el de parte».*

14.3.3. Reglas específicas para el interrogatorio de los peritos

Estas reglas se encuentran descritas en el Código Procesal Penal de 2004, como en el siguiente artículo.

«Artículo 378°.-Examen de testigos y peritos

1. *El Juez, después de identificar adecuadamente al testigo o perito, dispondrá que preste juramento o promesa de decir la verdad.*

   (...)

5. *El examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial. Luego 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 expliquen las operaciones*

[229] Concordancias R.F.N. N° 2045-2012-MP-FN (Directiva N° 008-2012-MP-FN, sobre el ofrecimiento y la actuación de la prueba pericial).

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.

6. *Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.*
7. *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.*
9. *Los testigos y peritos expresarán la razón de sus informaciones y él origen de su conocimiento.*
10. *A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia».*

14.3.3.1. Inconcurrencia de los testigos o peritos

El Nuevo Código de Procesal Penal de 2004, en su artículo 379°, prevé la inconcurrencia del testigo o perito a la audiencia de la que se ha programado su declaración. La ley señala que todo perito notificado debe de acudir a la audiencia según el horario que se designó para su declaración, pero si éste se niega a asistir la ley le permite al juez conducirlo por la fuerza pública. Así mismo, el abogado que ofreció la pericia se hace responsable por la ausencia de cualquiera de los peritos.

A pesar de todo lo expuesto, existen motivos por los que el perito no se puede encontrar presente en la audiencia, por lo que éste deberá acreditar los motivos y solicitar la reprogramación.

No obstante, en el supuesto que no puede ser localizado, el juez no lo podrá considerar en dicha pericia, aunque su autor haya declarado en la etapa de investigación preliminar, puesto que no se configura como un acto de prueba, puesto que no ha sido valorado por el juez.

3.3.2. Examen especial a los testigos o peritos

En el Código de Procesal Penal de 2004 se puede reconocer de manera literal en el artículo 380°, respecto al examen especial del testigo o peritos, las siguientes afirmaciones:

1. El juez, de oficio o a solicitud de parte, puede ordenar que el acusado no esté presente en la audiencia durante un interrogatorio, si es de temer que otro procesado, un testigo o un perito no dirá la verdad en su presencia.
2. De igual manera se procederá si, en el interrogatorio de un menor de diez y seis años, es de temer un perjuicio relevante para él, o si, en el interrogatorio de otra persona como testigo o perito, en presencia del acusado, existe el peligro de un perjuicio grave para su integridad física o salud. Tan pronto como el acusado esté presente de nuevo, debe instruírsele sobre el contenido esencial de aquello que se ha dicho o discutido en su ausencia.

14.3.4. Reglas específicas para el contrainterrogatorio de los peritos

En el Código de Procesal Penal de 2004 se puede reconocer de manera literal en el artículo 378°, respecto al examen de testigos y peritos, la siguiente afirmación:

8. *Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.*

De lo expuesto, se puede inferir la posibilidad de poder interrogar a los testigos y peritos, se puede inferir que las reglas que eran aplicables en el capítulo anterior a los testigos también podrán serlo a los peritos.

En el contraexamen de un perito, se debe capitalizar el hecho de que no sea un experto o esté bien preparado. El que contraexamina a un perito debe estar bien preparado y siempre asesorado por un experto, pues los abogados deben ser conscientes de sus limitaciones y buscar asesoría de científicos en el tema sometido a peritaje, pues solo así podrán enfrentar a un perito en contraexamen. El examen pericial está regulado en el artículo 181, no se debe confundir con el testigo experto regulado en el artículo 172.3.

De tal manera, algunos autores como el profesor colombiano Carlos Roberto SOLÓRZANO GARAVITO desarrollan reglas adicionales para poder desarrollarlas en el contrainterrogatorio con los peritos[230]:

Como señala PEÑA-CABRERA FREYRE, «*Lo que se pretende en el contrainterrogatorio del perito es desnudar las flaquezas y debilidades del examen pericial, euidenciar cuáles son errores en los que se ha incurrido y en aquellos aspectos que no cuenten con la solidez científica y coherencia argumentativa*»[231].

14.4. El uso del informe pericial

Una de las cuestiones que son materia de confusión en el proceso de cambio del sistema inquisitivo de enjuiciamiento a uno de carácter acusatorio, el cual tiene como etapa central el juicio oral, es el uso del informe pericial escrito. Es común confundir la función que este cumple en el juicio. Muchas veces las partes introducen en el proceso el informe pericial escrito como si éste fuese una prueba documental o los jueces exigen que ésta sea acompañada junto con la declaración del perito. Estas prácticas, lamentablemente constantes, hacen que la esencia del juicio oral se vea erosionada; dañando así los principios de inmediación, contradictoriedad y oralidad.

Una de las razones por la cual el sistema de juicio oral se ha visto degenerado es porque existen serias confusiones acerca de cuál es el medio de prueba en este tipo de sistemas. Examinando las reglas de la prueba, en un sistema de este tipo debe quedar claro que será, principalmente, en la audiencia de juicio de la prueba pericial donde el perito realizará su declaración; dejando así de lado la desfasada idea de reemplazar esta declaración por un informe escrito. Esto nos lleva a la conclusión, respecto de la prueba pericial, de que la regla general es que el perito comparezca y se someta a las reglas de examen y contraexamen.

Hay que señalar, sin embargo, que el informe pericial escrito no deja de ser relevante en algunos sentidos para el juicio. Por un lado, la parte que ofrece al perito podrá estructurar su examen

---

[230] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, C., *op. cit.*, pp. 211-213.

[231] Cfr. PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso, *El nuevo Proceso Penal Peruano*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 302.

directo sobre la base del conocimiento de lo que los peritos han manifestado y cómo esto encaja en lo que se pretende acreditar en la estructura de la teoría del caso. Por otro lado, la contraparte, teniendo conocimiento del contenido del informe pericial escrito, podrá preparar el contraexamen. Asimismo, es sabido que el informe pericial escrito es la declaración previa del perito, pudiéndose usar ésta para dos fines: refrescar la memoria del perito y resaltar las inconsistencias entre las declaraciones actuales con las que se ha manifestado en el informe.

La función del perito no es repetir lo que señala el informe escrito, sino explicar, poder dar conclusiones de su diagnóstico pericial, expresar de formas más comprensibles lo que ha pretendido señalar en su informe.

En conclusión y por las razones expuestas, el informe escrito del perito no puede ser considerado una prueba ni ser ingresada como tal al proceso; asimismo, el objetivo es que el informe pericial refresque la memoria del juez y demuestre la consistencia o inconsistencia de lo declarado previamente en el informe pericial escrito.

Excepcionalmente, como lo señala el artículo 383 inciso c) se incorpora el informe o dictamen pericial vía lectura, ante fallecimiento, enfermedad, ausencia u otras causas independientes a la voluntad de las partes.

Finalmente, si son dos peritos los que elaboraron el dictamen deben ser interrogados de manera conjunta; cada uno responderá sobre su parte.

XV
LOS ALEGATOS DE CLAUSURA

15.1. Introducción

Los alegatos de clausura dan por concluida la audiencia pública, por lo tanto son la última oportunidad para comunicarse de forma directa con el juez de la causa y por tanto la mejor recordada. Es importante, por ello, que los argumentos sean presentados de forma lógica, clara y consistente, con la finalidad de obtener una decisión favorable del juzgador. El alegato oral de conclusión es aquel que se presenta una vez que se han practicado todas las pruebas y se han incorporado todas las evidencias y a través de él se presentan los argumentos jurídicos a través de los cuales se puede concluir que la historia que presente al inicio de la audiencia se han demostrado con las pruebas practicadas y además encuadra de manera clara en una hipótesis jurídica desde un primer momento establecida[232]. Andrés BAYTELMAN y Mauricio DUCE señalan acerca del alegato de clausura que a estas alturas, todo lo que un juez quiere es luz acerca de cómo debe entenderse todo este cúmulo de información y por qué esa interpretación es superior a otras. El juez no necesita disertaciones en derecho, declaraciones poéticas, opiniones generales ni referencias vagas. Necesita iluminación acerca de lo que el conjunto de la prueba dice y de donde se puede extraer que diga eso. Esto es lo que el litigante debe ser capaz de hacer en el alegato final: Iluminar el juicio del juzgador. El litigante investigó el caso, presentó la prueba, planificó las líneas de examen y contraexamen, sabe lo que quiso decir en cada

[232] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 2ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 407.

parte del juicio, de manera que el (o ella) mejor que nadie, puede darle al juez lo que necesita con urgencia[233].

En la perspectiva del *adversary system* norteamericano, los alegatos de cierre son tan importantes como exigentes, al extremo de que construirlos es casi una obra maestra. No obstante, su estructura general guarda estrecha similitud con el alegato de apertura: breve introducción, análisis de hechos y pruebas, argumentos jurídicos, conclusión. Las directrices acusatorias modernas insisten en que el discurso de cierre debe comenzar con frases elocuentes y sugestivas, como aquella que utilizó el abogado defensor de Michael Jackson, cuando al otorgársele la palabra expreso: Señor Juez Presidente, señores jurados: *Ustedes acaban de escuchar la versión del abogado del Estado, ahora la defensa les dirá la verdad*; o esta otra citada por varios autores: *El abogado elaboró una espléndida argumentación; lástima que no se basara en la evidencia del caso*[234].

Es así que podemos señalar que mientras en los alegatos de apertura el litigante se centra en los hechos acontecidos, es en el alegato final que el litigante se centra en argumentar de manera específica y concreta la tesis que desde un primer momento se esbozó al Juez.

Entonces, el alegato de clausura, tiene que estar en perfecta consonancia con la teoría expuesta al inicio de la audiencia y con las pruebas practicadas y presentadas; de lo contrario estará destinada a fracasar[235].

15.2. Base normativa

El alegato de clausura está regulado de forma extensa y detallada en nuestro Código Procesal Penal y está consagrado en el Libro III, Sección III, Título V: «Los alegatos finales». El Código Procesal Penal, en su artículo 386°, establece un orden para la presentación de los alegatos de clausura, siendo el primero los alegatos del fiscal, seguido por los del abogado del actor civil, los del abogado del ter-

---

[233] Cfr. BAYTELMAN Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Alternativas, 2005, Lima, p. 312.

[234] Cfr. FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*, vol. II, 2ª ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2010, p. 98.

[235] Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 407.

cero civil, los del abogado defensor del acusado, por último la autodefensa del acusado, finalmente se cerrará el debate. Aquí el texto del artículo 386°:

> **«Artículo 386°.- Desarrollo de la discusión final**
>
> 1. Concluido el debate probatorio, la discusión final se desarrollará en el siguiente orden:
>
> a) Exposición oral del fiscal;
>
> b) Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil;
>
> c) Alegatos del abogado defensor del acusado;
>
> d) Autodefensa del acusado.
>
> 2. No podrán leerse escritos, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria o el empleo de medios gráficos o audio-visuales para una mejor ilustración al juez.
>
> 3. Si está presente el agraviado y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso. En todo caso, corresponderá la última palabra al acusado.
>
> 4. 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.
>
> 5. Culminada la autodefensa del acusado, el juez penal declarará cerrado el debate».

15.3. Objetivos del alegato de clausura

En general el objeto central del alegato final es reestructurar la prueba que se ha expuesto a lo largo del juicio de tal manera que podemos conformar el relato que subyace a nuestra teoría del caso.

Para Paul BERGMAN el principal objetivo del alegato final es convencer al juzgador de que nuestras proposiciones tácticas son exactas. Como un juzgador generalmente desea sentir que una decisión

no solo es legalmente válida, sino moralmente justa, una meta afín y concurrente del alegato final es formular razones en el sentido de que la exactitud de nuestras proposiciones fácticas concuerdan con las consideraciones de la justicia[236].

15.4. Estructura del alegato de clausura

La importancia de conseguir una correcta estructura del alegato final radica en establecer una comunicación fluida con el juez que a su término tenga un contenido rico en información e impecable en su explicación, evitando así que se pierda en un mar de información irrelevante.

Según Andrés BAYTELMAN y Mauricio DUCE, respecto a la estructura del alegato final nos dicen: «*...No se trata de engañar al juzgador ni de conmoverlo -a los jueces no suele gustarles la sensación de que uno está intentando hacer alguna de esas dos cosas-, sino de dotarlo de razones fuertes para que decida el caso en nuestro favor. Si nuestro caso tiene fortalezas que no queremos sean desatendidas por el juzgador, debemos señalarlas con claridad...*».

En esta misma línea y con la finalidad de comunicar con precisión y efectividad nuestro alegato final podemos estructurarlo de la siguiente manera:

15.4.1. Orden temático

El alegato de clausura está determinado por contados «hechos clave» los cuales serán enfocados al final por el litigante y de los cuales dependerá la resolución final del juzgador. Son estos hechos ordenados de forma adecuada que tendrán a su vez un marcado énfasis en su desarrollo, los que relacionarán los hechos con la sindicación y por otro lado, estos mismos hechos serán atacados posteriormente por la defensa; es por ello que el orden temático resulta con frecuencia eficaz para organizar el alegato final.

15.4.2. Orden cronológico

El orden cronológico en la estructura del alegato de clausura permite entregar al juzgador una visión ordenada de los hechos ex-

[236] Cfr. BERGMAN, Paul, *La Defensa en Juicio: La Defensa Penal y la Oralidad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 185.

puestos en el transcurso del juicio, estableciendo una secuencia de las circunstancias y sucesos que motivan nuestra pretensión.

La estructura cronológica puede llevarse a cabo desde el punto de vista de la víctima, desde el punto de vista del acusado, o bien desde el delito mismo[237].

15.4.3. Supuestos jurídicos sustanciales

Este último elemento de la estructura de los alegatos finales supone una presentación que está determinada desde una premisa jurídica y desde allí, se elabora una exposición respecto de los hechos y las pruebas partiendo, como se indica, desde una calificación penal propia de cada alegato de clausura elaborado a raíz de la norma que describe la conducta punible del procesado.

15.5. Técnicas del alegato de clausura

Es importante tener en cuenta algunas técnicas que pueden ser aplicables en el alegato de clausura para establecer una buena técnica y concluir con éxito los alegatos finales.

Existe una variedad de técnicas para realizar un alegato final exitoso, a continuación señalamos las más relevantes:

a) Piense en el Juez

El Juez es quien tiene en sus manos la decisión final del proceso y es por eso, que tanto el abogado defensor como el fiscal deben identificar cada detalle de éste para establecer un perfil del juzgador que podamos explotar en el desarrollo del alegato final, consiguiendo así, ganar puntos para una decisión final que nos favorezca. Entonces debemos tomar en cuenta del juzgador: Su formación profesional, sus antecedentes profesionales, su proposición ideológica sobre temas sociales, jurídicos, personales, entre otros. La idea final es conseguir la empatía necesaria con el juzgador, quien se sentirá identificado con los argumentos en los cuales el litigante pondrá énfasis consiguiendo influir en el discernimiento del juez consiguiendo una decisión favorable.

---

[237] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Alternativas, 2005, Lima, p. 338.

b) La importancia del primer minuto

El desarrollo de primeros minutos de los alegatos de conclusión comunica al litigante tres cosas esenciales:

- El tema de su alegato.
- ¿Por qué el juez debe fallar a su favor?
- Su entusiasmo acerca del caso.

Entonces, debemos tener claros los temas que destacamos en un inicio de la audiencia, y resaltarlo en el alegato final en una palabra o frase que marque en la mente del juzgador, palabras como «venganza», «responsabilidad», «violación al derecho de defensa», que servirán de manera clara y contundente a crear nuestro alegado de conclusión. Esta oportunidad es única y trascendental en el juicio, por eso la importancia de su uso.

Ejemplo (fiscal).

Señor Juez, el acusado asesinó y aseinó por una razón: venganza. Todas las pruebas así lo determinan, y lo determinan de una manera clara y contundente.

Ejemplo (Abogado defensor)

Al comienzo de la audiencia dijimos que éste era un proceso sobre alguien que se abstuvo de responder por sus propios actos, y ahora sabemos porque, ¿no es cierto?

c) La importancia del último minuto

La atención en un discurso de clausura está centrado en los primeros minutos, así como en los últimos. La preparación de la conclusión final es esencial para fijar la persuasión del argumento. Así como se inicia fuerte, debe terminarse con fuerza. Por ello, ser contundente en estos dos tiempos determinará la fortaleza del mensaje que llegará al juzgador y que quedará en la mente de éste para deliberar.

d) Eficiencia

El juez debe escuchar conclusiones claras. Por ello, abarcar un tiempo entre 20 y 40 minutos es lo ideal, la utilización de un tiempo

demasiado extenso podría llegar a ser contraproducente para los fines que se buscan, por ello la importancia de utilizar argumentos claros y efectivos resaltando en estos los puntos más importantes y claves que deseamos exponer. Que el juez se encuentre saturado al final del alegato será un pésimo indicativo, ya que debemos entender que al final de la audiencia el juez se encuentra cansado, y llenar el alegato de ideas desenfocadas e irrelevantes solo terminarán por agotarlo y fastidiarlo. Además, el juzgador ya ha practicado las pruebas y se ha formado una idea de la solución del conflicto. Destacar los puntos relevantes, las pruebas importantes y las normas jurídicas pertinentes es lo ideal. Las ideas fundamentales deben repetirse, cada repetición es muy importante para la retención. Por esta razón su alegato de conclusión debe ser eficiente.

e) Consideraciones estratégicas

Las características y técnicas que pueden utilizarse en los alegatos de cierre que hacen que éste cuente con la argumentación y efectividad necesarias, y a su vez consigan establecer una idea clara en la mente del juzgador podrían ser entre otras las siguientes:

- Utilice los temas que considere relevantes clasificándolos.
- Argumente su teoría del caso.
- Utilice analogías.
- Utilice preguntas retóricas
- Argumente sobre los hechos y evite opiniones personales.
- Argumente con la experiencia y el sentido común.
- Utilice ayudas audiovisuales.
- Argumente sobre sus fortalezas.
- Confronte sus debilidades.
- Obligue a su oponente a argumentar su debilidad.

15.6. Reglas aplicables al alegato final

Son, entre otras, las que expones a continuación[238]

---

[238] Cfr. FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*, vol. II, 2ª ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2010, p. 98.

15.7. Los alegatos finales del fiscal, del actor civil, del abogado del tercero civil, del abogado defensor y autodefensa del acusado

15.7.1. El alegato final del fiscal

El alegato final del fiscal trata de probar que los cargos que son materia de acusación serán probados en el trascurso del juicio.

El Código establece que en el alegato final se concederá por un tiempo prudencial en atención a la naturaleza y complejidad de la causa, es por eso que en casos como los acontecidos en el sistema anticorrupción, donde la cantidad de procesados pueden exceder las 50 personas o más, es en esos casos donde podrá tener un mayor espacio de exposición de sus alegatos.

Así es que el fiscal debe hacer un esfuerzo ingente por anticiparse a las defensas y hacer que sobrevivan, por sobre aquellos discursos, los fundamentos que, según su punto de vista justifican un guión conforme a los hechos y el derecho aplicable, una condena[239].

Es aquí que radica la importancia del alegato final y su desarrollo, en procura del objetivo de destruir la presunción de inocencia y generar certeza en el órgano jurisdiccional, motivando la condena del inculpado.

7.1.1. Principios del alegato final del fiscal

Según Pedro ANGULO ARANA el alegato final del fiscal debe ser sometido a principios concretos del modelo acusatorio que son:

- Principio de oralidad.
- Principio de motivación.
- Principio de necesidad.
- Principio de suficiencia.

---

[239] ANGULO ARANA, Pedro, *Los alegatos en el nuevo juicio oral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 108.

7.1.2. Requisitos del alegato final del fiscal

Existen ciertos elementos con los que debe contar el fiscal para desarrollar su alegato de cierre que estructuran las bases del alegato y lo determinan a realizar la acusación. Estos son:

- Convicción.
- Probanza.
- Veracidad.

15.7.2 El alegato final del actor civil

Según el artículo 388° del Código Procesal Penal, el alegato oral del actor civil versará 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.

Es así, que el alegato del actor civil tratará básicamente de hacer un trabajo de cosecha, una labor de ordenamiento y construcción y finalmente de exposición de cuanto le favorezca. Si el fiscal tuvo un trabajo acucioso podrá beneficiarse aún más de la tarea realizada por éste y quizás solo tenga que determinar el monto de los daños.

15.7.3 El alegato final del tercero civil

La norma no le prohíbe al abogado del tercero civil referirse íntegramente al hecho objeto de imputación y, sin cuestionar el ámbito penal de la misma, resaltar la inexistencia de los criterios de imputación de derecho civil, es por ello que se considera, quizás más ampliamente que en el caso del actor civil, los términos en que podrá pronunciarse.

Es así que la norma permite también 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.

15.7.4 El alegato final del abogado defensor del acusado

El alegato final del abogado defensor está consagrado en el artículo 390°, inciso 1., del Código Procesal Penal, y señala que se encuentra facultado para responder a la imputación de responsabilidad, tanto penal como civil.

El alegato de la defensa concluirá solicitando la absolución del acusado o la atenuación de la pena, o de ser el caso cualquier otro pedido que favorezca a su patrocinado.

Así, respecto a este alegato en particular se ha dicho: «*el alegato final es una historia persuasiva que explica todos los hechos conocidos; que explica los motivos por los cuales las personas incursas en el delito actúan y dice, finalmente, por qué nuestra versión debe ser creída*»[240].

Hesbert BENAVENTE cita en una jurisprudencia colombiana, que el alegato final de la defensa es un mecanismo procesal que materializa en un último momento, el derecho de defensa: «*Mediante los alegatos el interesado se hace escuchar, presentando sus opiniones, análisis y argumentos de hecho y de derecho, con apoyo del acervo probatorio y su percepción sobre lo actuado*»[241].

15.7.5 La autodefensa del acusado

Esta exposición será posible únicamente al terminar todos los alegatos orales que permite nuestra norma adjetiva, teniendo por objeto un panorama completo de los hechos discutidos.

La autodefensa del acusado se realiza por éste hacia el Juez o colegiado, siendo aquellos a quienes debe dirigirse, en relación a los hechos, su participación y descargos. El artículo 391°, incisos 1. y 2., de nuestro Código establece además, que el acusado limitará su exposición al tiempo que se ha fijado y a los que es materia del juicio. Si no cumple con la limitación precedente se le podrá llamar la atención y requerirlo para que concrete su exposición. Seguidamente se-

---

[240] Cfr. CALDERÓN MONTENEGRO, Henry Alberto, cit. en ANGULO ARANA, Pedro, *Los alegatos en el nuevo juicio oral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 128.

[241] Cfr. BENAVENTE CHORRES, Hesbert, cit. en ANGULO ARANA, Pedro, *op. cit.*, pp. 128-129.

ñala que si el incumplido incumple con la limitación impuesta, se dará por terminada su exposición, y, en caso grave, se dispondrá se desaloje de la Sala de audiencias. En este último supuesto la sentencia podrá leerse no estando presente el acusado, pero estando su defensor o el nombrado de oficio, sin perjuicio de notificársele con arreglo a Ley.

15.8. Alegatos de clausura que hicieron historia (célebres)

A continuación apreciaremos el alegato del maestro chileno Juan BUSTOS RAMÍREZ en la vista por el desafuero de Augusto Pinochet de su calidad de senador (vitalicio) por el caso «Caravana de la Muerte», en el pleno la Corte de Apelaciones de Santiago:

«Señorías Ilustrísimas:

Alego a favor de la humanidad, por los crímenes cometidos contra ella por Augusto Pinochet. Realización sistemática de secuestros con desaparecimiento y asesinatos, en ejecuciones sumarias, de 43 militantes del Partido Socialista, a los cuales presento en esta causa.

Ya decía KANT, el fundador de las ideas del Estado moderno: «Obra de tal modo que la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, sea siempre como un fin al mismo tiempo y nunca como un medio».

En otras palabras, Ilustrísima Corte, hay formas de tratar a las personas que son incongruentes con su dignidad personal, como son estos delitos de secuestro con desaparecimiento y asesinatos en ejecución sumaria.

Por eso solicitamos el desacuerdo de Augusto Pinochet, por respeto a la humanidad. Ilustrísima Corte, el desafuero -lo señala uno de nuestros tratadistas, constitucionalista y penalista, Pffeifer, Verdugo, Noruega, el ministro Garrido Montt, el ex abogado integrante, Luis Cousiño- no es un privilegio personal, sino que es una garantía para la protección de la función de carácter legislativo. Este es -señalan- un antejuicio que tiene por única y exclusiva finalidad esa protección y, por eso, su objeto procesal único es simplemente recabar antecedentes para determinar la sospecha de la comisión de un delito por un parlamentario.

En otras palabras, Ilustrísima Corte, las reglas del debido proceso, con el objeto de que el antejuicio no se transforme, precisamente en un privilegio personal, impiden por lo tanto de un modo total cualquier cosa que no sea justamente la determinación de estos antecedentes. De otra manera, se desvirtuaría el proceso penal y se desprotegería a las víctimas.

En este contexto, Ilustrísima Corte, habría de analizar el artículo 616° del Código de Procedimiento Penal, que en su parte final establece una regla excepcionalísima que es que la Ilustrísima Corte de Apelaciones puede ordenar determinadas actuaciones al ministro instructor.

¿Qué sentido tiene entonces? Dentro de este contexto, el único podría ser justamente una medida para los efectos de recabar una antecedente para la comisión del delito, si así lo estimara la Ilustrísima Corte. Por eso mismo, este artículo jamás se puede conectar con el artículo 349° del Código de Procedimiento Penal que establece un informe mental respecto de personas mayores de 70 años.

¿Dónde está este artículo? Está en el medio del proceso penal y está conectado con el artículo 384° y siguientes del Código de Procedimiento Penal, que se refieren a la enajenación mental sobreviniente, esto es del loco criminal y no del criminal loco. ¿Y qué dice el artículo 484°? Que el sumario sigue hasta el final, que ha de terminarse el sumario, y solo en ese momento podrá determinarse, en su caso, sobreseimiento definitivo o temporal de acuerdo a los artículos 408°, numero 4., y 409°, número 3., del Código de Procedimiento Penal, que se refieren al artículo 10°, número 1., del Código Penal, esto es, loco o demente como eximente de responsabilidad.

Esto es, un problema de culpabilidad, no es un problema referente a la comisión del delito. Luego, un problema de fondo, totalmente diferente, al cual entonces no se puede aludir.

Es por eso, Ilustrísima Corte, que solicitar medidas en relación a la enfermedad mental de una persona afecta gravemente las reglas del debido proceso, porque desvirtúan totalmente el desafuero como antejuicio, desvirtúa el proceso penal -nada menos que el

sumario, que es lo más importante-, desprotegiendo entonces a la víctima que, a su vez, es parte fundamental de nuestro proceso de Derecho Penal.

Antecedentes de hecho

Ilustrísima Corte: ¿Cuáles son los antecedentes de hecho y de derecho en esta causa? Me referiré muy sucintamente a los hechos, porque han sido extensa y detalladamente señalados por mis colegas anteriores, especialmente Hugo Gutiérrez, y por la señora relatora.

Arellano Stark, por sus propias declaraciones, ya señaladas y que están a la vista; por las declaraciones de todos los comandantes de zona, Rivera, Lapostol, Haag, Lagos; sostienen que él revestía la calidad de delegado especial con pleno poder. Que con esa calidad recorrió el norte y sur de Chile, exhibiendo un documento oficial del comandante en jefe y presidente de la Junta de Gobierno, suscrito por él. Que en esa calidad, también, recorrió en tenida de combate con metralletas en el cinto, corvos y granadas. ¿Es esa la manera de agilizar juicios o es la forma de ir contra el enemigo a matar? En este caso, a matar o secuestrar a gente detenida, indefensa, que no tenía cómo evitar esta alevosía, gente que no tenía ninguna posibilidad de defensa.

En esa calidad llega el 30 de septiembre a Talca y destituye con esos poderes al Comandante Haag. ¿Qué dice Arellano Stark al respecto? A fojas 2998, en uno de los últimos careos dice: «En mi recorrido me encontré con comandantes pusilánimes, que incluso no cumplieron con las disposiciones del comandante en jefe». Y a fojas 2953, en otro careo, dice: «Comandantes inoperantes». ¿Qué significan estas palabras? Que «Comandantes pusilánimes e inoperantes» no cumplen con la misión de matar y secuestrar y que él lleva esa misión. De esa manera recorre el país: va al sur, vuelve a Santiago; va de nuevo al sur, a Cauquenes; vuelve a Santiago; va a la Serena, a Copiapó, a Antofagasta y Calama... todo un reguero de sangre, de graves crímenes contra la humanidad.

Como señaló, hace mucho tiempo, Hitler -en el año 1941- a sus tropas: «después de lo que hemos hecho, seremos castigados

contundentemente; a menos que sigamos haciéndolo». Ellos lo siguieron haciendo.

Ilustrísima Corte: ¿Cuáles son los antecedentes jurídicos en esta causa? No solo hay sospecha, sino que se dan todos los requerimientos del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, ha quedado establecido en la resolución de auto de procesamiento del ministro Juan Guzmán que han quedado acreditados todos los hechos de secuestro. Más aun, confirmados por la Ilustrísima Corte Suprema, cuando se rechazó el recurso de amparo interpuesto por Arellano Stark y su comitiva. Hay ahí una tremenda frase, terrorífica, porque todas estas personas pensaban haber descubierto el crimen más horrendo de la humanidad, que era, justamente hacer desaparecer, privar de la humanidad a esas personas. Por eso, los secuestradores les decían a sus víctimas: «Estas desaparecido, no existes, no estás ni entre los vivos ni entre los muertos». Como se marca en ese momento una tragedia que nos llega hasta ahora. Es la frase del terror máxima.

El delito de secuestro, conforme al artículo 141° del Código Penal, no es función ni está dentro del marco de competencias legales de un militar ni de ninguna autoridad el secuestrar a personas, privándolas permanentemente de su libertad.

Autor Mediato

No solamente está acreditado el delito de secuestro, sino que, además, hay presunciones fundadas de la participación como autor de Augusto Pinochet en todas esas violaciones contra la humanidad, como han señalado todos nuestros tratadistas nacionales, el artículo 15° el Código Penal no solo contempla a los autores directos a ejecutores, sino que también contempla a los autores mediatos o indirectos. Así, por ejemplo, el profesor Etcheverry, el profesor Novoa, el ministro Garrido Montt, el profesor Luis Cousiño y de manera más clara y específica el ministro de la Corte Suprema, Enrique Cury, señalaron que: «El autor mediato de una categoría de la que no se puede prescindir en la interpretación de la ley nacional».

Por otra parte, el profesor del departamento de Derecho Penal, Sergio Yánez, señala que en el artículo 15 número 2 del Códi-

go Penal, en la frase «los que fuercen a otros», se comprende también la orden superior y especialmente los casos de dominio de la voluntad de otros mediante un aparato de poder organizado.

Como bien sabe vuestra Ilustrísima, la autoría mediata significa que una persona que utiliza su poder de realización de hecho lo ejecuta a través de otra persona, el ejecutor. Pero quien tiene el dominio del hecho, quien puede mantener su realización o en cualquier momento modificarlo o detenerlo, es el autor mediato, que utiliza siempre como instrumento al autor inmediato o ejecutor.

Ahora bien, una de las formas que reviste la autoría mediata es precisamente la que señala el profesor Sergio Yánez. Esta forma de autoría mediata es la que se ha aplicado en todas las violaciones graves de derechos humanos. Así, hace poco, en el Tribunal para el ex Yugoslavia, en el Tribunal de Ruanda, y en Chile, y en esta sentencia del ministro señor Bañados cuando condenó al general Contreras y a Pedro Espinoza por el asesinato de Orlando Letelier, que fue confirmada totalmente con la Excelentísima Corte Suprema.

Esta forma de autoría es totalmente aplicable en el presente caso. En efecto, tenemos en ese momento justamente un aparato de poder organizado en cuya cabeza está Augusto Pinochet, Comando en Jefe del Ejército, de una institución jerarquizada y más jerarquizada aún porque se estaba en Estado de Guerra, según los decretos de ley número 1 y número 5 del 11 y 12 de septiembre de 1973. Y, más aun, Presidente de la Junta de Gobierno que había usurpado todo el poder constitucional.

Dentro de este contexto tenemos que analizar las distintas presunciones que existen. Presunciones fundadas, múltiples, graves, directas, precisas y concordantes.

Las presunciones

Primera presunción: La situación de hecho es que existía en ese momento un aparato de poder organizado de extrema y máxima subordinación hacia abajo, de modo que todos tenían que obedecer las órdenes del comandante en jefe y nadie podía desobedecer esas órdenes y andar por su cuenta. Si esa era la situación de

hecho, la lógica deducción es que Arellano Stark en su recorrido, en todos los crímenes cometidos, obedecía a las órdenes de Augusto Pinochet.

Segunda presunción: Consta y ha quedado claramente recalcado aun por Odladier Mena, que era delegado especial con todos los poderes, aun sobre todos los comandantes de zona, a los que podía destituir con su firma, como en el caso de Haag. Esto quiere decir que cumplía órdenes de Pinochet en todas las actividades que ejecutó.

Tercera presunción: El general Arellano Stark es felicitado. Es ascendido y no se realiza sumario alguno en su contra por todas las violaciones de derechos humanos que ha cometido. Consta que no hay ningún sumario y si éste no existió es porque estaba cumpliendo con las instrucciones de Pinochet.

Cuarta presunción: Consta, y es claro además por todas las razones legales, que en un Estado de Guerra, el comandante en jefe del Ejército tiene un deber de garante, establecido por todas las convenciones internacionales suscritas por Chile y, más aun, reconocido en el artículo 78 del Código de Justicia Militar. Deber de garante que le obliga a impedir las violaciones a los derechos humanos respecto de los detenidos. Todos los secuestrados y asesinados estaban detenidos; no eran combatientes. Luego, si él no impidió, que quiere decir entonces que las órdenes cumplidas por Arellano Stark venían de Augusto Pinochet.

Quinta presunción: en Antofagasta, en su paso a Iquique, él desciende, está con Arredondo, está presente Arellano Stark y, a pesar de que ya en el sur se habían cometido crímenes contra la humanidad, así como los crímenes en la Serena y en Copiapó, que habían sido difundidos por todos los diarios locales, Pinochet no hace el menor movimiento con intencionalidad de llamar a Arellano Stark para ver qué estaba pasando. Si no hace nada estando allí, después de todos los crímenes cometidos, es porque Arellano Stark estaba cumpliendo sus órdenes de asesinar y secuestrar, como lo hace de inmediato Arredondo, según quedó señalado.

Sexta presunción: Augusto Pinochet es informado por el General Lagos de todos los hechos cometidos por Arellano Stark, informe

que el recibe y que posteriormente, por medio de su ayudante Morel, lo obliga a suprimir el nombre de Arellano Stark. Esto quiere decir que Arellano Stark cumplía sus órdenes directas como jefe, cabeza del aparato organizado de poder.

Séptima presunción: Es un hecho que todos aquellos que de algún modo se opusieron a Arellano Stark y su comitiva, posteriormente -más tarde o más temprano- fueron llamados a retiro y se les exigió la renuncia, e incluso algunos fueron torturados, como el comandante Rivera. Si esto es así, Arellano Stark y su comitiva cumplían las órdenes de Augusto Pinochet.

Octava presunción: todos los que componían la comitiva de Arellano Stark fueron rápidamente ascendidos a cargos superiores, son felicitados por sus acciones. Si esto es así, cumplían las órdenes de Pinochet.

En suma, no cabe la menor duda de que está plenamente acreditado el delito de secuestro con desaparición y también están plenamente acreditadas las presunciones fundadas respecto de la autoría mediata en todos esos crímenes contra la humanidad. Son crímenes que no pueden quedar en la impunidad.

Prescripción y amnistía

Son evidentes a este respecto las palabras de KANT, en las que señalaba: «Aunque la sociedad se disolviera, antes de hacerlo, deben castigar al culpable, porque de otra manera su culpabilidad recaerá sobre toda la sociedad».

Se ha señalado por mis colegas que no cabe aplicar ni la prescripción ni la amnistía. No cabe aplicar la prescripción porque estamos frente a un delito de secuestro, que es de ejecución permanente. Por lo tanto, no hay un fin o un resultado a contar del cual se puedan contar los plazos de prescripción, lo que es fundamental en nuestro Código Penal, en los artículos 94° y siguientes.

Tampoco es posible aplicar la amnistía en un caso de secuestro, porque la privación de libertad es permanente. Vale decir, no es posible determinar un hecho cierto en que las personas hayan aparecido y haya cesado la privación de libertad.

No cabe aplicar la prescripción y la amnistía en este caso, pero no solo porque se trata de un caso de secuestro, sino también en virtud de los convenios de Ginebra, ratificados por Chile en 1950.

Está claro que todos estos delitos son de guerra y de lesa humanidad, ya que -señala la doctrina- tres son los requisitos para un crimen de este tipo. En primer lugar, que se viole una norma de derecho humanitario; que la norma de derecho humanitario esté señalada en el derecho consuetudinario o en un tratado humanitario; y en tercer lugar, que existan responsabilidades individuales.

En este caso hay responsabilidad individual de Augusto Pinochet. Hay tratados -los Convenios de Ginebra de 1950- que en su artículo 3 señala que se aplica no solo con la guerra internacional, sino que también a la guerra o con moción interna y señala expresamente que quedan prohibidas en todo tiempo y lugar, precisamente los homicidios calificados y el secuestro, y el artículo 47° del convenio señala que son delitos graves contra la humanidad el secuestro y el homicidio calificado. Que hubo Estado de Guerra, creo que casi no vale la pena argumentarlo.

Lo declara el propio Arellano Stark. Así además lo señala una declaración de las Fuerzas Armadas en 1951, en respuesta al informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, cuando sostienen que: «Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que para conjurar efectivamente el Estado de Guerra fue menester una larga tarea de neutralización». Los generales en retiro señalan al mismo tiempo que «para poder derrotar a ese verdadero ejército -los que estaban detenidos-, la honorable Junta de Gobierno tuvo que decretar, en septiembre de 1973, primero el Estado de Sitio -Decreto Ley N° 1- y el 12 de ese mes, Estado de Guerra, Decreto de Ley N° 5». Entonces, no cabe la menor duda de que existía un Estado de Guerra.

Pero, en relación a la amnistía y la prescripción, ¿qué señalan los Convenios de Ginebra? Que los estados contratantes deben perseguir siempre los delitos. El artículo 51° señala que los contratantes no deben eximir su responsabilidad, lo cual no hace sino confirmar lo que ya decía el artículo 3°, que es la piedra

angular del Convenio: que estos delitos lo son y lo siguen siendo en todo tiempo y lugar.

Ciertamente, Ilustrísima Corte no puede ser de otra manera para asegurar la seguridad y la certeza jurídica. Porque de lo contrario sería muy fácil para las autoridades o un gobierno cometer los más horrorosos crímenes contra la humanidad y después autoexonerarse, como ocurrió con la ley de Amnistía de 1978, o bien, no investigar. Hay que ver lo que pasó en el juicio de Orlando Letelier, cuánto tiempo estuvo sin investigar a fin de que corrieran los plazos de la prescripción.

Ilustrísima Corte: estamos en presencia no de cualquier delito, sino de que aquellos que afectan al ser humano en su esencia. Y es por eso que en cada uno de estos delitos está comprometida la humanidad toda. Desde los inicios de nuestra civilización, estos delitos han sido estimados graves, de extrema gravedad. Su trascendencia ha recorrido toda nuestra historia cultural, desde el momento en que Jehová le preguntó a Caín: «¿Dónde está tu hermano Abel?».

Hoy le preguntamos a Augusto Pinochet: «¿Dónde están tus compatriotas Domingo, Luis Alfonso, Rafael Enrique, Manuel Benito, Ricardo Hugo, y tantos otros?» Y esa pregunta, Ilustrísima Corte, no se puede responder con el descaro de la omnipotencia de la fuerza como lo hiciera Caín. Augusto Pinochet no puede responder: «Yo no era guardián de mis compatriotas». Menos él, que se jactaba de señalar que en Chile no se movía una hoja sin que él lo supiera.

Ilustrísima Corte: Hoy, como al comienzo de nuestra historia cultural, la pregunta de dónde están solo se puede responder con verdad y justicia. Es por eso, Ilustrísima Corte, que en virtud de todos los antecedentes de hecho y de derecho, vengo a solicitar que se apruebe el desafuero de Augusto Pinochet y se dé lugar a la formación de causa en su contra. Para los efectos videnti, dejo la pauta de mi alegato. Muchas Gracias.

XVI
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Lo que se ha evidenciado con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, que por su naturaleza pública y oral facilita un seguimiento directo de actuaciones, es la necesidad de que los actores, en algunos casos, desarrollen y en otros perfeccionen, habilidades argumentativas que le permitan estructurar el ruego de jurisdicción y presentar adecuadamente sus tesis para que las mismas sean comprendidas por los demás intervinientes, por los ciudadanos que comparezcan a la audiencia y, principalmente, por el juez.

Este nuevo sistema procesal tiene como fundamento principal a la oralidad, sin embargo, ello debe entenderse en la lógica del profesor NEYRA FLORES cuando señala que «*el sentido de la oralidad no está dentro de actuaciones con roles escénicos a modo de drama televisivo*»[242]. Así, aun cuando el proceso penal haya retomado a la manera natural de solucionar los conflictos, es decir, «la oralidad», los actores deben entender que tanto su pretensión como la de otras partes o intervinientes, será admisible en cuanto sea convincente, y ese convencimiento, independientemente de la presentación retórica del discurso, se logra mediante la adecuada composición y descomposición de argumentos, que le ofrezcan al juez la posibilidad de asumir como propia aquella tesis que le resulte más razonable.

Aunque la correcta utilización del lenguaje y el manejo de la retórica, como veremos, son aspectos importantes para cumplir con la labor dentro del proceso, es necesario tener en cuenta que la ar-

---

[242] Cfr. NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, Idemsa, Lima, 2010, p. 141.

gumentación es una forma especial de utilización del lenguaje; ello, porque «*el lenguaje no es simplemente un medio para comunicar una argumentación, sino que argumentar consiste en usar de una cierta forma el lenguaje: dando razones (que, por supuesto, pueden hacer referencia al mundo, a los hechos) a favor o en contra de una determinada tesis*»[243].

Así entonces, al adecuado uso de las palabras, debe sumarse la corrección de los argumentos, principalmente desde la perspectiva material, porque, como veremos, la corrección formal, determinante en la lógica deductiva, no tiene tanta incidencia en la evaluación de los argumentos inductivos, de los que generalmente se vale el operador judicial. Este paradigma argumentativo tiene una significación vital, más aún en un sistema actual y novedoso, ello, porque en palabras del maestro COUTURE «*el derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado*»[244].

Así la cuestión, los actores también deben tener presente que los jueces, basados en las reglas y principios establecidos, tienen la obligación constitucional de motivar sus decisiones, máxime si, como en la esfera penal, las mismas están relacionadas, de un lado, con la limitación de libertades, y de otro, con la protección de bienes jurídicos mediante la represión del delito. Este deber de motivación debe entenderse como un resultado del derecho a probar, es decir, el derecho de todo ciudadano a demostrar la verdad de sus afirmaciones, por ello IGARTUA SALAVERRÍA señala que: «*carecería de toda lógica obligar al juez a recibir determinadas pruebas si luego se le autoriza a ignorarlas en la motivación*»[245].

El sistema de tendencia acusatoria, implica una más clara división de funciones, pues apunta a que el fiscal concentre sus esfuerzos en el hallazgo de las evidencias que le permitan sostener su pretensión, y busca que el juez se ocupe de decidir las controversias. Así, el profesor mexicano Rafael ZAMUDIO ARIAS bien señala que en este sistema «*a diferencia del inquisitivo, en el que se confunden o se asumen por una sola sustitución las facultades de investigación, acusa-*

---

[243] Cfr. ATIENZA, M., 2006, p. 73.

[244] Cfr. COUTURE, Eduardo, *Los Mandamientos del Abogado*, Montevideo, 1956, p. 23.

[245] Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, en CASTILLO ALVA, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Grijley, Lima, 2013, p. 66.

ción y juzgamiento, dichas facultades se separan claramente»[246]. Bajo esta lógica, si las partes tienen la obligación de probar los hechos que alegan, es claro que tienen que proporcionarle al juez las razones tácticas, probatorias y jurídicas para que tome una decisión en un determinado sentido. Así, podemos dar una conclusión anticipada: «para participar en este sistema acusatorio, los actores jurídicos tienen el deber de desarrollar destrezas que les permitan argumentar oralmente en las distintas audiencias, ya sea ante los jueces de garantía, o ante los tribunales juzgadores».

Sin embargo, no se trata solo de persuadir al juez, pues aunque la capacidad de persuasión sea importante, no es menos necesario encontrar un punto de equilibrio entre persuasión y la corrección de los argumentos. Dicho punto de equilibrio puede hallarse si se orientan los esfuerzos a una persuasión racional. Es importante que el fiscal tenga en cuenta que la argumentación permite escudriñar entre varias soluciones a un problema determinado, para optar por la más razonable. *Pero al intervenir en las audiencias es recomendable conocer exhaustivamente las reglas jurídicas, maximizando su contenido estratégico*[247].

Aunque la argumentación puede centrarse en problemas normativos (de norma aplicable, subsunción, interpretación, etc.), problemas tácticos y problemas probatorios, es importante hacer hincapié en los segundos, básicamente por dos razones:

1. En primer lugar, porque, como bien lo resalta Manuel ATIENZA, en la práctica los problemas que dan lugar a la argumentación tienen más relación con los hechos que con las normas.
2. En segundo término, porque se parte de la premisa de que los jueces conocen suficientemente el ordenamiento jurídico (por su formación y experiencia), pero su conocimiento sobre los hechos está prácticamente limitado a la información suministrada por las partes.

---

[246] *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*, Poder Judicial de la Federación, México, 2011, p. 61.

[247] Cfr. BLANCO SUAREZ, Rafael *et al.*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005, p. 9.

La argumentación judicial ha sido objeto de diversos estudios desde hace varias décadas. En un momento determinado se pretendió aplicar a las denominadas ciencias sociales, entre ellas el derecho, la lógica propia de las ciencias naturales, concretamente la lógica deductiva, cuya principal característica, como se verá, es que el paso de las premisas a la conclusión es necesaria, o, dicho en otras palabras, que «si las premisas son verdaderas la conclusión será siempre verdadera». Dicha pretensión implicaba centrar el análisis de la argumentación en la corrección formal, esto es, en verificar si la estructura lógica efectivamente garantizaba el paso de las premisas a la conclusión.

Posteriormente se comprendió que aunque la lógica deductiva puede hacer aportes importantes al Derecho, la argumentación judicial se mueve en el campo de lo plausible o probable, y bajo dicha perspectiva cobran gran importancia los argumentos inductivos, cuya principal característica es precisamente que no tienen una estructura lógica que garantice que si las premisas son verdaderas la conclusión será necesariamente verdadera.

A lo largo de este trabajo, los actores encontrarán sencillas herramientas, útiles para construir argumentaciones admisibles, así como también, se encontrarán fundamentos para descomponer, analizar y rebatir los argumentos que presenten los demás intervinientes.

Aquí pretendemos aplicar los conceptos básicos de las diversas teorías sobre argumentación judicial para construir una guía que sirva a los actores, a fin de que cumplan de mejor manera su función. Así, por ejemplo, no se expondrán teóricamente las falacias, pero se ilustrará bajo qué circunstancias una argumentación puede resultar falaz, y al analizar las técnicas para el manejo de la jurisprudencia, se hará énfasis en la importancia de la analogía. Se incluirá, como es obvio, la bibliografía que podrá ser consultada por quienes quieran profundizar en este apasionante tema.

En el primer tomo del presente trabajo, se estudiarán los fundamentos filosóficos y las teorías de la argumentación que resultan fundamentales frente a casos concretos, ello, a fin de que mediante el uso de las técnicas argumentativas y la ayuda

de los principios propios de la lógica, se logre desarrollar la competencia necesaria para enfrentar los problemas jurídicos que ofrece cada audiencia.

Se explicará de manera sencilla la diferencia entre argumentos inductivos y deductivos. Luego, se analizará la estructura de los argumentos inductivos, con el propósito principal de que el lector comprenda la diferencia entre premisas y conclusiones y la relación que debe existir entre estas. Asimismo, se explicará el concepto de subargumento, con el propósito de hacer notar que los actores tienen la obligación de explicar la razonabilidad de cada una de sus conclusiones, incluyendo las principales y secundarias o derivadas.

Luego, se entregarán herramientas para que los actores argumenten de manera adecuada en las audiencias preliminares. Haremos énfasis en varios aspectos. En primer lugar, se resaltará la importancia de conocer el objeto de la audiencia y de ubicar los problemas jurídicos inherentes a la misma; luego, se ilustrará sobre la construcción del argumento central y de los diversos niveles de subargumentación.

Además, se mostrará cómo debe procederse para presentar adecuadamente la contraargumentación, incluyendo conceptos tan importantes como descomposición de argumentos, ubicación del problema jurídico a que hace alusión la contraparte, precisión de la tesis defendida y del fundamento de la misma, incluyendo las premisas tácitas.

Se mostrará la importancia de la argumentación para elaborar el programa metodológico; en términos simples, se pretende dejar claro que desde que se recibe el caso se comienza a construir argumentos, para lo que resulta fundamental la ubicación de los problemas que debe resolver. Se mostrará que dicha actividad no tiene solución de continuidad[248] y que el plan de investigación tiene

---

[248] Debe tenerse en cuenta que la construcción de la teoría del caso es paulatina y que, en ocasiones, el fiscal tiene varias hipótesis al comienzo de la actuación pero al perfeccionar la investigación solo una aparecerá como razonable y por ende sostenible.

una estrecha relación con el alegato de clausura; en fin, en este acápite se pretende ilustrar sobre la construcción de una verdadera teoría del caso a la luz de la argumentación jurídica. Este capítulo trata de la argumentación de los hechos y de las pruebas de cara al juicio oral.

Se expresarán algunas consideraciones sobre las máximas de la experiencia, concretamente para establecer su naturaleza y utilización en la argumentación judicial. En este capítulo se hará énfasis en la necesidad de hacer más conscientes los procesos mentales que realiza el funcionario judicial en desarrollo de su labor. Se mostrará cómo utilizar las máximas de la experiencia para darle mayor solidez a los argumentos y se darán algunas recomendaciones sobre el análisis de los enunciados de carecer general que expresa o tácitamente utilizan los demás intervinientes, con el propósito de desarrollar la habilidad para detectarlos, analizarlos y presentar, cuando sea el caso, los respectivos contraargumentos.

Luego, se analizarán los fundamentos constitucionales y legales del deber de motivar de los jueces y se hará énfasis en la estrecha relación que existe entre dicho deber de la judicatura y la manera como los actores construyen y presentan sus argumentos. En este acápite se pretende hacer una recapitulación que afiance los conocimientos ya adquiridos y permita comprender la importancia de la argumentación en un ordenamiento jurídico como el mexicano.

Finalmente, se analizará el desarrollo que ha tenido el precedente judicial, con los objetivos de resaltar la importancia de las decisiones de los altos tribunales para el complemento y mejor entendimiento del nuevo ordenamiento procesal penal, brindar herramientas para utilizar los precedentes en los argumentos de los fiscales, establecer cuándo los demás intervinientes están analizando adecuadamente los precedentes y estudiar las reglas fijadas por la Corte Constitucional en torno a la obligatoriedad del precedente.

16.1. ¿Qué es la argumentación jurídica?

Para entender qué es la argumentación y cómo se aplica, debemos empezar por preguntarnos si el razonamiento jurídico sigue fun-

damentalmente un esquema lógico-deductivo, u otro tipo de razonamiento, y por tanto, si sus postulados se expresan a través de un conjunto de proposiciones (verdaderas o falsas).

Durante los tres últimos siglos se consideró que el razonamiento jurídico se reducía a las reglas de la lógica deductiva e inductiva[249]. Se pensaba, siguiendo el modelo del derecho natural racionalista de inspiración matemática, que cada vez que se argumentaba se infería lógicamente -en el sentido de una deducción efectuada conforme a reglas preestablecidas-, lo cual es erróneo, porque dicha concepción no hace sino reducir los razonamientos habituales de los juristas, tales como los razonamientos *a pari, a contrario, a fortiori,* a estructuras formales, cuando se trata de algo completamente distinto[250]. En ese sentido, se ha llegado a establecer que en los razonamientos cotidianos no siempre se utilizan principios lógicos (no contradicción, tercio excluido)[251], sino, y en gran medida, argumentos basados en ejemplos y en analogías (semejanzas)[252].

Lo que ocurre es que con el giro epistemológico de Descartes, la filosofía renuncia a la antigua concepción de la «argumentación como arte», y se avoca básicamente a una concepción de la «argumentación como método». Esta perspectiva, de avocarse «al interés en la *justificación* de creencias más que en el componente *comunicativo* de la argumentación, propio de la epistemología moderna, lo que hizo fue identificar la argumentación con el puro razonamiento, anulando su componente comunicativo, intersubjetivo»[253]. La filosofía moderna ha reducido la argumentación a su aspecto sintáctico y semántico para expresarlo de manera lógica a través de un conjunto de pro-

---

[249] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *Técnicas de argumentación jurídica para la litigación oral y escrita,* Jurista Editores, Lima, 2010, p. 101.

[250] Cfr. PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica,* Civitas, Madrid, 1979, p. 14.

[251] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 419.

[252] Cfr. PERELMAN, Chaim, *op. cit.*, p. 14.

[253] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *Bases filosóficas para una teoría normativa integral de la argumentación. Hacia un enfoque unificado de sus dimensiones lógica, dialéctica y retórica,* tesis doctoral, departamento de Filosofía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, 2006, p. 7.

posiciones. Esta perspectiva, que privilegia el interés de la argumentación como instrumento para la actividad teórica y epistemológica, permite garantizar la racionalidad de nuestras creencias, esto es, descartar las creencias erróneas; sin embargo, deja de lado una segunda función básica de la argumentación: «su habilidad para comunicar el razonamiento»[254], la misma que se encuentra vinculado a la antigua concepción de la argumentación como arte. De esta forma, «el discurso argumentativo no es solo un medio para adquirir conocimiento y justificar nuestras creencias, sino también un medio para persuadir»[255]. BERMEJO LUQUE se pregunta con razón si esta función de la argumentación como medio para persuadir es valorable. A ello, GADAMER ofrece una respuesta contundente: «*La búsqueda de la verdad -o creencias aceptadas- es un compromiso irrenunciable de todo intérprete; pero el método científico o la mera aplicación de reglas -lógicas- no basta para garantizar dicha verdad (creencia); por ello es necesario recurrir a una disciplina del preguntar e investigar que garantice la verdad (creencia), dándose primacía a la pregunta sobre la respuesta*»[256]. Y esto es así porque en realidad, la suposición de que la retórica solo convence de lo falso, es insostenible. Como bien señala BERMEJO LUQUE, «*la retórica puede aportar un marco adecuado para dar cuenta de las condiciones de posibilidad de la comunicación razonable, donde la prueba y la demostración que la lógica-deductiva implica están fuera de lugar*»[257]:

El discurso argumentativo es el modo de expresión por excelencia de la razón humana. La racionalidad del discurso no se pierde por el uso de la retórica. Al contrario, la retórica se complementa con la lógica: «*decir la verdad y persuadir deberán ser caras de la mis-*

---

[254] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 8.

[255] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 8.

[256] Cfr. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método. Fundamentos para una hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1988, p. 125. Asimismo, cfr. PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge, *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 85.

[257] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 20.

ma moneda»[258]. Una persona no deja de ser razonable porque se contamina por los afectos y las emociones de la retórica.

En general, podemos afirmar que la retórica no solo promueve un interés meramente instrumental en el discurso, sino que también le concede un marco de legitimidad. En ese sentido, se valora la argumentación porque conlleva la idea misma de legitimidad, tanto en el ámbito teórico como en el práctico[259].

La argumentación es ante todo un instrumento de influencia intersubjetiva, de persuasión mutua, y por esta razón, es un medio de coordinación de acciones y creencias entre sujetos. Es el mejor garante de la convivencia humana dentro de sociedades complejas.

El discurso, retórico por naturaleza, es importante no solo porque persuade de que determinadas creencias son verosímiles, sino también porque permite develar o descubrir discursos insensatos o totalitarios. En consecuencia, la retórica concede un marco de legitimidad al discurso.

A modo de ejemplo, si la Teoría de la Relatividad de EINSTEIN, una vez postulada en 1905, hubiese sido comunicada retóricamente a «los mortales», en lenguaje natural, probablemente se hubiese hecho acreedor del Premio Nobel de Física poco tiempo después por postular esta revolucionaria teoría, y no en el año 1921, por su descubrimiento de la ley del efecto fotoeléctrico y su contribución a la física teórica[260]. Por ello, debe entenderse que «*el tener razón no basta, es necesario también conseguir convencer de que se tiene la razón*»[261].

---

[258] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, «Filosofía y Retórica: el lugar de la teoría de la argumentación», en *Daimon*, Revista de Filosofía de la Universidad de Murcia, Murcia, N° 30,2003, pp. 105-115.

[259] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 9.

[260] Se afirma que no le entregaron a Einstein el Premio Nobel de Física por su Teoría de la Relatividad, porque el científico a quien se encomendó la tarea de evaluarla -el científico Allvar Gullstrand, miembro del Comité Nobel de Física-, no la entendió, y sobre todo, porque pensaba que Einstein estaba equivocado. En KAKU, Michio, *El universo de Einstein: cómo la visión de Albert Einstein transformó nuestra comprensión del espacio y el tiempo*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 98.

[261] Cfr. CATTANI, Adelino, «Las reglas del diálogo y los movimientos de la polémica», en *Cuadernos de filosofía y ciencia*, N° 32-33, 2003, pp. 7-20.

RETÓRICA	LÓGICA
Persuasión	Justificación
Personal	Impersonal
Situada en el tiempo y adecuada a un auditorio determinado	Independiente del tiempo y del espacio
Argumentación como arte	Argumentación como método
Pragmático	Sintáctico y Semántico
Verosímil, plausible	Verdad
Fundada en opiniones	Fundada en axiomas
La conclusión depende de valores de las premisas	La conclusión depende de la validez
Utiliza un lenguaje natural	Utiliza un lenguaje simbólico

16.2. ¿Qué es argumentar?

El desarrollo de la argumentación se inicia cuando la sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del derecho, comenzaba a ser el punto central para la compresión del Estado de Derecho, y la Ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos. Así, se puede apreciar no una simple transformación, sino un transformación radical y superadora.

Miranda Alonso señala que por argumentación se entiende *«el acto de habla mediante el que se pretende justificar ante los demás o ante uno mismo una opinión, una creencia o una acción»*[262]. A través de la argumentación, se busca acuerdos comunicativos óptimos, basados en razones que posean validez intersubjetiva, pero que no se cierre a la crítica. En líneas generales, el término argumentación alude a dar «razones». Equivale a razonamiento.

---

[262] Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *Argumentos*, Publicaciones de la Universitat de Valencia / Editorial Marfil, Valencia, 2002, p. 16.

Por razonamiento se entiende al mismo tiempo, «una actividad mental y el resultado de esa actividad»[263]. Como «actividad mental» puede ser objeto de estudios psicológicos o sociales, es decir, apunta a descubrir las intenciones o los móviles que condujeron al autor a sostener determinada tesis; mientras que como «resultado de una actividad mental», se estudia con independencia de sus condiciones de elaboración, lo cual forma parte de la lógica. En el derecho esta diferencia ha dado origen a diferenciar entre lo que se denomina «contexto de descubrimiento» y «contexto de justificación»[264]. Una categoría que proviene de la filosofía de la ciencia.

Así, en el contexto de justificación, se analizará la fundamentación de la decisión que se toma, es decir, las razones que llegan a justificar una decisión. Mientras que el contexto de descubrimiento es el proceso psicológico, sociológico, mediante el cual el juez toma una decisión. Es decir, las razones que *explican* por qué se decidió en tal o cual sentido.

«RAZÓN PARA DECIDIR»

¿Por qué Otelo mató a Desdémona?

CAUSAS; MOTIVOS (CARGA PROCESAL)

¡Porque tenía celos!

Sin embargo, aun cuando en la actualidad no existe una línea tajante que separe ambos conceptos, estas siguen sirviendo para responder a las posiciones escépticas respecto a la posibilidad de justificar las decisiones judiciales. Su utilidad se mantiene, si nos mantenemos en el plano de la dimensión formal, sin embargo, resulta inaplicable en la dimensión material y extraño en la dimensión pragmática.

Por su parte, la teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa en la perspectiva del contexto de justificación de los argumentos, esta teoría tiene pretensiones descriptivas (cómo se justifican los argumentos) y prescriptivas (cómo se deberían justificar).

---

[263] Cfr. PERELMAN, Chaïm, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Civitas, Madrid, 1979, p. 9.

[264] Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 22-23.

a. Justificación interna

En este caso, se hace referencia a una racionalidad interna, respondiendo a la pregunta: ¿la decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas?. Para ello se seguirá el modelo clásico del silogismo aristotélico:

Premisa 1

Premisa 2

Conclusión

Aquí, solo importa la comprensión de la estructura interna de la justificación, no la corrección de las premisas.

Por su parte, el profesor Robert ALEXY ha desarrollado criterios de corrección de las inferencias:

1. Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
2. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.
3. Siempre que exista duda sobre si «A» es un «T» o un «M», hay que aducir una regla que decida la cuestión.
4. Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.
5. Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

b. Justificación externa

Para el caso de la justificación externa, es necesario acudir más allá de la lógica formal en sentido estricto. Así, extraer una conclusión supone un esfuerzo mínimo; la principal dificultad estriba en hallar las premisas.

Se debe encontrar criterios que permitan revestir con racionalidad aquella parte de la justificación que escapa a la lógica formal, lo que se pretende cubrir es la laguna de racionalidad que se verifica en los «saltos» o «transformaciones». Por ello, el profesor Alfonso

Figueroa señala que *«el campo propio de la interpretación es la justificación externa»*.

Existen seis formas y reglas de la argumentación externa:

1. De interpretación: LEY.

2. De la argumentación dogmática: DOGMÁTICA.

i) Descripción del Derecho vigente: Dimensión empírico descriptiva.

ii) Su análisis sistemática y conceptual: Dimensión analítico lógica.

iii) Elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos: Dimensión práctico-normativa.

3. Del uso de los precedentes: PRECEDENTES.

4. De la argumentación práctica general: RAZÓN.

5. De la argumentación empírica: EMPIRIE (enunciados empíricos).

6. Formas especiales de argumentos jurídicos.

La argumentación se expresa en un discurso dirigido a un auditorio real o imaginario. Para ello, el discurso es un acto de comunicación en el que se da cuenta, se da razón a un auditorio. El discurso se distingue de la narración o de la descripción, aunque puede y suele contener elementos narrativos y descriptivos, pero su base está constituida por argumentos o razones[265]. Al mismo tiempo podemos encontrar diferentes tipos de argumentos

Hay que tomar en cuenta que si se argumenta, es porque la cuestión debatida resulta no evidente sino opinable[266]. Claro, no posee la certidumbre de la fórmula matemática, y por eso, no está en condiciones de probar su veracidad como sí lo haría un matemático; sin embargo, el discurso argumentativo también puede convencer sin esta posibilidad de aportar pruebas que sean necesarias y evidentes. En el nivel práctico, un discurso puede ser creíble y convincente sin

---

[265] Cfr. Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge, *op. cit.*, p. 19.
[266] Id.

llegar a la imposición. Como afirma LÓPEZ EIRE, *«en el plano político-social, no se plantean interrogantes, ni se delibera, ni se persuade sobre lo que no tiene solución o se presenta de manera necesaria e irremediablemente de una sola manera»*[267].

Ahora, una persona que argumenta no expresa simplemente lo que piensa y lo respalda; en realidad, quien argumenta busca producir convencimiento, en el sentido más amplio de esta palabra, convencimiento acerca de la verdad de un enunciado, o de su falsedad, o tal vez, de ciertas dudas sobre él, recuérdese el *in dubio pro reo* por ejemplo». Claro, siempre estará latente, la otra opción para responder a estos problemas que tratamos de resolver con argumentos: «la imposición, la violencia».

Para el profesor Robert ALEXY la argumentación correcta es el resultado de un procedimiento: «El procedimiento del discurso racional».

1. Reglas fundamentales (uso del lenguaje).
2. Reglas de la razón (corrección).
3. La carga de argumentación (comportamiento de las partes).
4. Las reglas de fundamentación (tipología de los argumentos).
5. Las reglas de conexión de argumentos (valoración de los contextos).

Para este profesor, en aras de una mejor técnica argumentativa, es necesario diferenciar entre reglas y principios, para ello, recurre a criterios de distinción, entre los cuales tenemos:

1. Por la estructura normativa

FALTA TEXTO

2. Por la forma cómo se aplican (criterio de eficacia)

FALTLA TEXTO

3. Por el ámbito de aplicación

Mientras que las reglas pueden ser aplicadas subsuntivamente (de manera inmediata), los principios exigen otro tipo de estrate-

[267] Cfr. LÓPEZ EIRE, A., *op. cit.*, p. 18.

gias para determinar el ámbito de su aplicación, estos son mandatos a optimizar y la optimización tiene lugar mediante el test de proporcionalidad.

3.1. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. Este principio es consustancial a Estado Social y Democrático de Derecho[268].

Así, cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad[269].

Robert Alexy destaca la íntima relación entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad, así señala que «*quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad*».

Dentro del principio de proporcionalidad podemos encontrar a tres subprincipios, como son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para mejor comprender, es necesario hacer un análisis en un caso concreto.

Caso:

La Municipalidad Distrital de Miradores emite las Ordenanzas N° 212-2005 y N° 214-2005, restringe el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada Calle de las Pizzas, señalando que: «Establézcase el siguiente horario máximo de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales que se ubiquen en las calles San Ramón y Figari, actualmente autodenominadas «Calle de las Pizzas», y demás zonas de influencia, constituidas por la avenida Oscar Benavides (Diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín cuadras 1,2 y 3; calle Bella vista cuadras 1 y 2, debiendo cesar sus actividades:

---

[268] STC N° 3567-2005-AA/TC.
[269] STC N° 012-2006-PI/TC.

- De domingo a jueves a la 01:00 horas del día siguiente.
- Los días viernes, sábado y vísperas de feriado a las 02:00 horas del día siguiente.

Establecer que el horario de cese de actividades de los locales y establecimientos comerciales ubicados en las Calles San Ramón y Figari, autodenominadas «Calle de las Pizzas» y demás zonas de influencia, será el señalado en la Ordenanza N° 212, quedando autorizados a reiniciar sus actividades a partir de las 07:00 horas.

Por su parte, la Asociación de Comerciantes «San Ramón y Figari», presenta una demanda de inconstitucionalidad contra dichas ordenanzas, imputándoles lo siguiente vicios de inconstitucionalidad:

- son contrarias al carácter general que debe revestir toda ordenanza, por el hecho que estas tienen un ámbito de aplicación localizado y específico, cuando las mismas deben tener exigencias sustantivas de carácter general
- Satisface el requisito de generalidad debido a que el supuesto es abstracto y los destinatarios son indeterminados. El supuesto es los «locales y establecimientos comerciales» que se ubican en la denominada Calle de las Pizzas y «zonas de influencia.

Del caso se puede apreciar que el objetivo de la restricción es que se resguarde la tranquilidad y seguridad de los vecinos miraflorinos, ello, en tanto los establecimientos no reúnen las medidas de seguridad necesarias y los propietarios de estos establecimientos venían incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa Civil; que no cumplen con las condiciones mínimas de seguridad, causando un peligro inminente a la vida e integridad física de las personas que laboran y concurren a dichos locales.

Análisis:

Primero: Determinar la legitimidad del fin constitucional de la restricción:

1. El *objetivo* de la medida es la protección de la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a aquélla donde opera la restricción analizada.

2. El *objetivo* de la restricción es evitar la contaminación acústica de la zona aledaña a la de la restricción. Tal objetivo tiene como *fin* o se justifica en el *deber de protección* del poder público, en este caso de la Municipalidad, con respecto a los derechos al medio ambiente (*entorno acústicamente sano*) y a la tranquilidad y el derecho a la salud de los vecinos que residen en las zonas aledañas donde opera la restricción. En conclusión, siendo el fin de la restricción la protección de estos derechos, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción.

3. Actos perjudiciales:

- Los elevados ruidos procedentes de la música de los establecimientos, pubs, discotecas y de otros.
- El desplazamiento de los concurrentes a los establecimientos de la zona de la restricción y la evacuación de los mismos hasta altas horas de la noche o de la madrugada ocasionan ruidos provenientes tanto de las conversaciones de aquellos como también del tráfico de vehículos en la zona de restricción que traslada a los concurrentes.

Segundo: Análisis de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

- **Análisis de idoneidad**

En este análisis cabe empezar con una pregunta clave: *¿La medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del objetivo? ¿permite conseguir el objetivo?*

Solo será constitucionalmente válido si tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional y tipifica conductas que realmente lesiones o pongan en peligro esos bienes jurídicos. Se trata del análisis de la relación medio-fin.

La restricción del horario de atención de los establecimientos introducida, justamente en las horas de descanso o del dormir de las personas, impide que la elevada contaminación acústica de la zona continúe durante las horas de descanso o del dormir de las personas, posibilitando de ese modo un entorno acústicamente sano para el desarrollo normal de aquellas necesidades.

- Análisis de necesidad

Del mismo modo, cabe iniciar con una pregunta: *¿La restricción es un medio necesario para conseguir el objetivo? ¿No hay medidas alternativas, igualmente eficaces, que posibiliten un entorno acústicamente sano (objetivo) en las zonas aledañas a la de la restricción?*

Por ello, el principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.

En materia penal, el examen de necesidad exige que el legislador estime, ineludiblemente, el *carácter fragmentario del Derecho Penal*. Al respecto, cabe precisar que aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración[270].

- Ponderación en estricto

Este subprincipio exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades[271]:

Al mismo tiempo se puede diferenciar una proporcionalidad abstracta, que viene a ser la realizada por el legislador y una proporcionalidad concreta, realizada por el juez. En este caso nos ocuparemos de este último.

16.3. Dimensiones de la argumentación

La argumentación mantiene tres dimensiones: pragmática, formal y material.

---

[270] STC N° 0012-2006-PI/TC.
[271] STC N° 0012-2006-PI/TC.

16.3.1. Dimensión formal

La dimensión formal y el análisis lógico resultan de interés en el paso de las premisas a la conclusión, que, con independencia de qué sea lo que pensamos de las premisas, la conclusión se desprende de ella.

Premisa 1: el precio de los platos.

Premisa 2: la calidad de los platos.

Conclusió n: la suma total (la inferencia- es correcta).

Esta dimensión descansa en la noción de inferencia. Así, la lógica (formal, deductiva) solo se ocupa de los argumentos desde el punto de vista de su corrección formal, no evalúa la corrección de las premisas, aquí encontramos el estudio formal de los razonamientos, de las inferencias, es decir, el paso de las premisas a la conclusión, como por ejemplo: «discutir el precio en un restaurante».

La noción de inferencia lógica no podría presentarse tampoco diciendo que si un argumento es deductivamente válido, entonces si aceptamos las premisas estamos obligados a aceptar también la conclusión (restaurante).

Sin embargo, la idea de que la motivación de las decisiones va más allá de la lógica es un lugar común en la teoría de la argumentación jurídica. Por ello, la justificación judicial de tipo deductivo es suficiente en los casos fáciles, siempre que se cumplan dos presupuestos:

16.3.2. Dimensión material

En esta dimensión lo esencial es el contenido, por ello, para solucionar un problema material no se puede tener una relación hipotética, no comprometida, con las premisas (concepción formal), necesariamente tiene que comprometerse con su verdad y corrección y, en consecuencia, con la verdad y corrección de las premisas.

16.4. La retórica

La concepción tradicional de la retórica la define como una disciplina cuyo objetivo sería mejorar la eficiencia de la comuni-

cación como medio de influencia[272]. Por su parte, ARISTÓTELES define la retórica como *«la facultad de entender, de discernir lo que es adecuado en cada caso para convencer»*[273]. En la actualidad, dado que se ha ampliado el objeto de la retórica, para comprender el arte, la religión, la ciencia, la política, así como imágenes, discursos, rituales, cine, anuncios, WELZEL la define como *«la técnica que busca entender todos los usos de la inducción simbólica»*[274]. Pero en líneas generales, la retórica es concebida como mecanismo justificatorio (se sopesa y evalúa el valor de las razones ofrecidas) y como mecanismo persuasivo (busca convencer al oyente o auditorio).

A partir de NIETZSCHE, cada vez existe mayor consenso en afirmar que el lenguaje es esencialmente metafórico, pues, todas las palabras que lo configuran fueron primitivamente tropos, metáforas. Como bien refiere LÓPEZ EIRE, Nietzsche no duda en sostener que *«todas las palabras son en sí mismas y desde un principio, en cuanto a su significación, auténticos y verdaderos tropos, y que el lenguaje no es más que una serie o conjunto de tropos y figuras del discurso»*[275].

No solo eso, hoy en día podemos reconocer de manera categórica la naturaleza retórica de todo discurso. Como dirá LÓPEZ EIRE[276], siguiendo a NIETZSCHE, *«el lenguaje es retórica»*[277]. Aunque el carácter retórico trópico del lenguaje había sido postulado mucho antes por Vico.

---

[272] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 186.

[273] Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, traducción de Francisco de P. Samaranch, Aguilar, 1964, p. 35.

[274] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 186. WELZEL denomina inducción simbólica a las actuaciones de los distintos objetos que pueden analizarse desde una perspectiva retórica.

[275] Cfr. LÓPEZ EIRE, Antonio, «La naturaleza retórica del lenguaje», en *Logos. Revista de retórica y teoría de la comunicación*, año V, No 8/ 9, junio-diciembre de 2005, p. 7.

[276] Cfr. LÓPEZ EIRE, A., «La naturaleza retórica del lenguaje», en *Logos. Revista de retórica y teoría de la comunicación*, año V, No 8/9, junio/diciembre del 2005, p. 7.

[277] Los estudios del lingüista George Lakoff y el filósofo Mark Johnson, han revelado la intrínseca relación que existe entre metáfora, pensamiento y lenguaje. Algo que ya Nietzsche había avizorado cuando señalaba que la verdad es una multitud en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos.

Ante la pregunta ¿Qué es la verdad? Nietzsche[278] dirá: «*Una multitud en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos; en una palabra, un conjunto de relaciones humanas que, elevadas, traspuestas y adornadas poética y retóricamente, tras su largo uso el pueblo considera firmes canónicas y vinculantes: las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son, metáforas ya utilizadas que han perdido fuerza sensible*».

Aquí presentamos algunos ejemplos de expresiones metafóricas que se utilizan en el derecho[279]:

El objeto sobre el que se constituye la argumentación retórica no es la persuasión propiamente dicha, sino un paso previo, el discernimiento sobre lo que puede ser persuadido. Lo propio de la retórica no es persuadir, sino «reconocer los medios de convicción más pertinentes para cada caso»[280].

Así, la retórica y la litigación oral se encuentran íntimamente vinculadas, relación que se puede apreciar, tal como señala el profesor URETA, en el siguiente cuadro:

El ámbito de la retórica no es el de los sucesos naturales y necesarios. El lugar específico de la retórica es el ámbito de lo posible, donde la deliberación humana se configura como lo esencial[281]. Solo sobre lo que no es necesario es posible deliberar. La retórica, por tanto, estudia lo verosímil y creíble[282].

16.4.1. El silogismo

ARISTÓTELES plantea dos tipos de silogismos: a) el silogismo demostrativo o analítico, que parte de cosas verdaderas y primeras; y, b) el silogismo dialéctico, que opera a través de una deducción de opiniones plausibles.

---

[278] Cfr. NIETZSCHE, F., *El libro del filósofo*, Taurus, Madrid, 2000, p. 91.

[279] Cfr. SANTIBÁÑEZ, Cristian, «Metáforas y argumentación: lugar y función de las metáforas conceptuales en la actividad argumentativa», en *Revista Signos*, vol. 42, No 70, Valparaíso, 2009, pp. 245-269.

[280] Cfr. ARENAS DOLZ, Francisco, «Dialéctica y Retórica», en BEUCHOT, Mauricio y ARENAS DOLZ, Francisco (dirs.), *10 palabras clave en hermenéutica filosófica*, Verbo Divino, Navarra, 2006, pp. 116-175 (128-129).

[281] Cfr. ARENAS DOLZ, Francisco, *op. cit.*, p. 126.

[282] Cfr. BEUCHOT, Mauricio, *La retórica como pragmática y hermenéutica*, Anthropos, Barcelona, 1998, p. 16.

- Razonamiento demostrativo o analítico

Los razonamientos analíticos, afirma PERELMAN[283], *«son aquellos que parten de unas premisas necesarias, o por lo menos, indiscutiblemente verdaderas, y conducen a conclusiones también necesarias o verdaderas, por medio de inferencias válidas»*. El tipo de razonamiento analítico es el silogismo. Cuyo esquema clásico se enuncia de la siguiente manera:

Si todos los «B» son «C»

Y todos los «A» son «B»

Todos los «A» son «C»

Este razonamiento es válido cualesquiera que sean los términos que se coloquen en lugar de las letras «A», «B» y «C». Quiere decir, que la validez de la inferencia no depende de la materia sobre el cual se razona, pues, lo que garantiza la validez del razonamiento es su forma. A este tipo de razonamiento se le llama «lógica formal».

- Razonamiento dialéctico

Este tipo de razonamiento no se dirige a establecer demostraciones científicas, sino a guiar deliberaciones y controversias. Tienen por objeto los medios de persuadir y de convencer por medio del discurso, de criticar las tesis de los adversarios y de defender y justificar las propias con la ayuda de argumentos más o menos sólidos. No olvidemos, porque la experiencia nos informa que «los razonamientos jurídicos van acompañados de incesantes controversias»[284].

Si el razonamiento analítico utiliza el silogismo para construir inferencias válidas, los razonamientos dialécticos utiliza el «entimema». En el entimema no se enuncian todas las premisas -se sobreentienden las que son conocidas o aceptadas por el auditorio-, y aquellas sobre las cuales se funda son solo verosímiles o plausibles, siendo la estructura del razonamiento dialéctico la misma que la del silogismo[285]. Así, por ejemplo:

---

[283] Cfr. PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, pp. 9-10.
[284] Cfr. PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 15.
[285] *Ibidem*, p. 10.

Todos los hombres son mortales (omitida)

Sócrates es hombre.

Sócrates es mortal.

La aplicación de un razonamiento puramente formal en el Derecho es insuficiente, pues ella solo se limita a controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión[286]. La búsqueda de la equidad puede introducir en el razonamiento jurídico algunos elementos de incertidumbre que son difícilmente aceptables para mentalidades de perfiles más científicos (lógicos)[287].

Es por eso, enfatiza Juan URETA, que «*a partir de mediados del siglo XX, se han desarrollado modelos alternativos o complementarios al tradicional silogismo que permiten incorporar información que no puede ser representada mediante un silogismo*»[288], como el Modelo de TOULMIN o el Razonamiento Presuntivo de WALTON.

En el silogismo demostrativo las premisas deben lograr la convicción por ellas mismas; son creíbles en sí mismas, no porque son opiniones extendidas. En el silogismo dialéctico, las opiniones son admitidas porque son respetadas por la mayoría. Así, una opinión es conocida y tiene una buena reputación porque es admitida por todos o por cierto número de personas[289]. Ahora, si una tesis choca con la opinión de la mayoría, no es adecuada para proporcionar el punto de partida de una argumentación dialéctica[290].

Pero el silogismo dialéctico no se diferencia del silogismo demostrativo solo por el carácter de sus premisas, sino también por su carácter refutativo, que no necesariamente pertenece a un silogismo demostrativo.

En el diálogo dialéctico se discute mediante preguntas y respuestas, pero tejiendo argumentos que van a permitir después con-

---

[286] *Ibidem*, p. 20.
[287] *Ibidem*.
[288] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 102.
[289] Cfr. GOURINAT, Jean, «Diálogo y dialéctica en los tópicos y las refutaciones sofísticas de Aristóteles», en *Anuario Filosófico*, N° 35, 2002, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Navarra, pp. 463-495 (476).
[290] *Ibidem*, p. 478.

firmar o refutar las tesis que se enfrentan[291]. Así pues, dado «que el que pregunta busca sostener la contradictoria de la tesis, su deducción es una refutación»[292].

16.4.2. El contexto de descubrimiento y el contexto de justificación: razón explicativa vs. razón justificativa

ATIENZA piensa que el realismo jurídico, posición que sostiene que los jueces o los jurados no deciden siguiendo el modelo lógico-deductivo del silogismo, sino la experiencia, se equivocan al contraponer la lógica deductiva de la argumentación jurídica[293].

En tal sentido, ATIENZA afirma que el error del realismo jurídico ha sido «*no haber distinguido por un lado, entre explicar y justificar una decisión y, por otro lado, dentro de la justificación, entre lo que hoy se denomina justificación interna y justificación externa*»[294].

La filosofía de la ciencia distingue entre «el contexto de descubrimiento» y «el contexto de justificación» de las teorías científicas. En el primer caso, se alude a la actividad mediante la cual el científico descubre teorías, actividad que no puede ser susceptible de análisis de tipo lógico, sino a lo sumo de una reconstrucción de tipo histórica. En el segundo caso, se alude al procedimiento de justificar o validar la teoría, esto es, confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; actividad que requiere un análisis de tipo lógico[295].

Trasladada esta distinción al campo de la argumentación jurídica, no es otra cosa que diferenciar entre el procedimiento mediante el que se llega a establecer una determinada premisa o conclusión, y el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión. Así, para ATIENZA, a la argumentación jurídica poco le importaría, porque no puede enunciarse lógicamente, las razones que permiten *explicar* por qué el Juez tomó una determinada deci-

---

[291] *Ibidem*, pp. 467-468.
[292] *Ibidem*, p. 481.
[293] Cfr. ATIENZA, Manuel, «Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales», en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 1, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Madrid, octubre de 1994, pp. 31-43 (36).
[294] Cfr. ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 36.
[295] Cfr. ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 36.

sión basada en consideraciones de orden religioso o político. Más bien, lo que sí sería objeto de la argumentación, serían las razones del Juez que permiten *justificar* una decisión basada en una interpretación de determinada regla o principio, porque dicho procedimiento sí puede realizarse de manera lógica.

En realidad, la cuestión no es tan sencilla como la plantea ATIENZA. En la práctica, los jueces adoptan los dos procedimientos. Ningún Juez puede negar que muchas veces primero haya decidido en base a criterios de carácter político o religioso, y después justificado su decisión lógicamente. Claro que por la forma como ha sido pensado y construido el Derecho Continental, se espera que el Juez proceda siempre utilizando el razonamiento lógico- deductivo, para así, siguiendo los cánones del cientificismo, basado en el racionalismo decimonónico, el Derecho pueda adquirir una apariencia de objetividad, lo que a su vez permita crear en la colectividad una sensación de seguridad jurídica, bajo el entendido que al eliminarse los componentes subjetivos presentes en el comportamiento de los jueces, su decisión traducida en la sentencia, va a estar revestida de certeza y solidez.

La afirmación del juez Oliver Wendell HOLMES, de que «*la pretendida certeza basada en la lógica, es ilusoria y aparente, que no es la lógica la que suministra el fundamento o razón de las sentencias judiciales, y que en todo caso, las verdaderas razones son axiológicas y pragmáticas, siendo estas las que motivan la elección de las premisas a utilizar por el juez para fundar su decisión*»[296], poseen un fundamento de corte ideológico que trasunta su propia racionalidad, que en definitiva marcan la pauta que permiten diferenciarla del Derecho continental.

La concepción americana del «*judicial review*», descrita ilustrativamente por el Juez HOLMES, se debe a una visión pragmática que supone la decisión judicial como un proceso inductivo sensible al ambiente social y a influencias extrajurídicas, consciente de las limitaciones del Derecho para el manejo de las cuestiones sociales[297]. Desde

[296] Cfr. ROGERS, William y WRIGHT-CAROZZA, Paolo, *La Corte Suprema de Justicia y la Seguridad Jurídica*, Abaco, Buenos Aires, 1995, p. 18.

[297] Cfr. VICENTE SOLA, Juan, *Control Judicial de Constitucionalidad*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 164.

esta perspectiva, «el control de la constitucionalidad americana busca incesantemente su legitimidad frente a la concepción democrática de la sociedad. Su justificación es siempre asociada a la defensa del pluralismo político y de minorías»[298].

Posición diferente asume el Derecho continental, que intenta construir una teoría de la decisión judicial basada en la razón y la lógica, antes que en elementos de carácter pragmáticos y subjetivos; lo cual se debe, a decir de VICENTE SOLA[299], *«a la desconfianza que se tiene en la soberanía popular, ya que ésta apoya de alguna forma el establecimiento de la dictadura»*.

En realidad, como bien precisa BERMEJO LUQUE, el discurso argumentativo desde el punto de vista retórico, plantea dos perspectivas: una de carácter persuasiva-comunicativa y otra de carácter evaluativa. Esta última, proporciona «criterios retóricos de evaluación con el fin de dar una medida adecuada de la calidad a los argumentos particulares, sobre todo, de asuntos como las virtudes organizativas de un discurso, su confiabilidad e incluso las características psicológicas del hablante y sus verdaderas intenciones»[300]; como se comprenderá, el averiguar *-explicar-* las motivaciones de orden religioso o político que subyacen en una decisión judicial, encarnada en la subjetividad del Juez, correspondería a la perspectiva evaluativa de la retórica. Sin embargo, «el uso de criterios retóricos para evaluar la argumentación no sería una tarea propia de la Teoría de la Argumentación, sino de un modelo general de racionalidad práctica que tuviese a la racionalidad comunicativa como caso particular».

16.4.3. Instancia justificativa e instancia persuasiva

Como hemos podido observar precedentemente, ATIENZA solo pone de relieve la dimensión justificatoria de la argumentación, pero no habla nada de su dimensión persuasiva.

La argumentación como mecanismo justificatorio está relacionada con su dimensión lógica. La argumentación como mecanismo persuasivo está vinculada a su dimensión retórica. La argumenta-

[298] *Ibidem*, p. 160.
[299] *Ibidem*, p. 160.
[300] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 186.

ción posee estas dos dimensiones y la primacía de una sobre otra depende del hablante y el contexto de su uso.

BERMEJO LUQUE enfatiza que la actividad de argumentar cumple dos funciones básicas: por un lado, la argumentación es un instrumento para el conocimiento, porque es el modo en que justificamos nuestras creencias y afirmaciones; por otro lado, es también un instrumento para la interacción entre individuos porque propicia la persuasión, y con ello, el enlace o conexión de creencias y acciones. Desde el primer punto de vista, que es la posición tradicional de la argumentación (lógica), se centra en los argumentos entendidos como objetos abstractos con propiedades semánticas, fundamentalmente de validez y de verdad. Pero esta posición, como se ha señalado anteriormente, posee limitaciones al momento de dar cuenta de la argumentación en lenguaje natural[301].

Desde el punto de vista de la argumentación como instrumento para la persuasión, que es el enfoque pragmático que caracteriza en la actualidad a la Teoría de la Argumentación, se intenta contrarrestar la hegemonía de la semántica y se pone el acento en la pragmática, al insistir en la argumentación, ante todo, como cierto tipo de actividad que propicia intercambios argumentativos dentro de un contexto de interacción humana.

En el hablante se distingue dos tipos de intenciones: una intención de persuadir vs. una intención de justificar. Si bien justificar sería el primer objetivo comunicativo de la argumentación, persuadir es el primer efecto que busca el hablante sobre el oyente o auditorio[302].

De esta forma, cuando el oyente no *interpreta* lo que dice el hablante, sino tan solo *comprende* sus palabras, lo que está haciendo es afrontar la argumentación como un mecanismo persuasivo. En cambio, cuando el oyente sopesa el valor de las razones ofrecidas por el hablante, creyendo que dichas razones son buenas razones para su afirmación, lo que hace es tratar el acto argumentativo como un mecanismo justificatorio.

---

[301] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 158.
[302] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 192.

16.5. La lógica de conceptos o clases y la analogía

En esta parte, es necesario hacer una breve reseña histórica de por qué se mandó al olvido a la retórica y se privilegió la lógica deductiva como método ideal. En el siglo XVII, la silogística aristotélica entra en crisis al despertar sospecha sobre su legitimidad en algunas de sus aplicaciones; es así que las figuras de BACÓN y DESCARTES, por ejemplo, proponen una nueva metodología, un nuevo método de razonamiento alternativo basado en la inducción, que resulta contradictorio con el tradicional.[303] Así, Bacón dirá que: «*No se trata de vencer al adversario en la disputa, sino de controlar la naturaleza en la operación (...).* Aunque yo dejo al silogismo y a estos famosos y ostentosos modos de demostración su jurisdicción sobre las artes populares y las que son asunto de opinión, sin embargo, tratándose de la naturaleza de las cosas uso siempre la inducción. Pues la lógica tradicional, aunque muy apropiada para los asuntos civiles y aquellas artes que se basan en el discurso y en la opinión, no es ni de cerca lo suficientemente sutil para tratar con la naturaleza»[304].

Por su parte, DESCARTES expulsa a la retórica de la filosofía al sostener que es una manera de hablar imperfecta y peligrosa, que no contribuye a la certeza de las ideas. También HUME, al clasificar el conocimiento en relaciones de ideas y cuestiones de hecho, vinculó implícitamente el uso de la retórica a la metafísica. Este último filósofo vio en los tropos metafóricos un poder de seducción femenino del que los filósofos, raza independiente de mortales debían huir[305].

Esta tendencia a desacreditar la retórica continuó en el siglo XX con los neopositivistas al entender la metáfora como carente de contenido cognitivo dentro de la relación entre lenguaje y realidad. Dentro de este contexto, el Círculo de Viena, con las figuras de Bertrand

---

[303] Cfr. SERRANO, Gonzalo, *La querella en tomo al silogismo 1605-1704. Conocimiento versusforma lógica*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 21-22.

[304] Cfr. BACÓN, Francis, «Instaurado Magna», en SERRANO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 53.

[305] Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael, «Cuerpo y metáforas de género en la historia del pensamiento económico y político», en *EMPIRIA, Revista de metodología de Ciencias Sociales*, N° 8,2004, Universidad Complutense, Madrid, pp. 85-110 (89).

RUSSELL y Ludwig WITTGENSTEIN, privilegian el análisis lógico de la matemática. Plantean la verificabilidad de las proposiciones sobre «hechos de experiencia', que convierte decididamente en problema del lenguaje, en cuanto solo en el ámbito del lenguaje se cumplen las operaciones lógicas y tiene sentido una verificación de las proposiciones. Se postula un criterio empírico de verificación centrado en el significado de las proposiciones; de tal forma que «una proposición solo tiene sentido si hay un informe empírico que la pueda sostener»[306]. Visto así, «la ciencia no es más que una construcción lógica del mundo y la filosofía se agota en el análisis del lenguaje científico, que termina por asumir el carácter de un radical formalismo, porque se resuelve en el puro análisis de los símbolos adoptados sin ninguna referencia a los datos reales»[307].

El interés por la metáfora y la retórica comienza a cambiar a partir de la década del setenta. Si bien PERELMAN y Theodor VIEHWEG habían escrito sus obras en la década del cincuenta, no es sino hasta la década del setenta que el interés por la retórica, la tópica y la dialéctica se reaviva.

Ahora, se afirma en forma concluyente que el conocimiento se obtiene de manera objetiva, directa, y a través de la experiencia, indirecta[308]. Se admite que los conceptos se construyen de dos maneras:

---

306 Cfr. MARTÍNEZ SOLANO, José, *El problema de la verdad en K. R. Popper: Reconstrucción histórico-semántica*, Gesbiblo, Madrid, 2005, p. 27.

307 Cfr. DANESI, Marcel, *Metáfora, Pensamiento y Lenguaje (una perspectiva viquiana de teorización sobre la metáfora como elemento de interconexión)*, Kronos, Sevilla, 2004, p. 17.

308 Según LAKOFF y JOHNSON, «los conceptos concretos, que son representables con signos, palabras, símbolos, de manera directa, y aquellos abstractos que, en cambio, no son representables directamente, están interconectados a través de la metáfora, la cual por los concretos hace concebibles los abstractos en la comunicación de rutina. LAKOFF y JOHNSON muestran esta interconexión con frases que revelan una estructura metafórica substante como, por ejemplo: la discusión es una guerra (atacó todo punto débil en mi discusión, no ha vencido nunca en una discusión con él, etc.); por lo general, la gente habla de discusión en términos polémicos, de guerra, porque percibe la discusión como tal. No se trata de un simple hablar de las discusiones en términos retóricos- ornamentales, puesto que el hecho está en que nosotros podemos efectivamente vencer o perder en las discusiones. Por tanto, tendemos a ver a la persona con la que estamos discutiendo como un

1) De manera objetiva, estableciendo una estructura de pares atributo-valor. Por ejemplo, para definir el café se utiliza el siguiente esquema:

- Bebida: infusión caliente.
- Color: oscuro.
- Sabor: amargo.
- Temperatura: caliente.
- Olor: aromático.
- Combina con: leche, azúcar.
- Consumo: desayuno, después de las comidas.

2) A través de metáforas y analogías. Por ejemplo, cuando se define el tiempo, el amor, los celos, etc., lo que se hace es lograr la comprensión de un tipo de experiencia, en términos de otro tipo de experiencia (transferencia semántica).

a. Definición de tiempo:

- La secuencia de acontecimientos.
- El tiempo es oro.
- El tirano de la vida.
- Lo que marca el reloj.
- Duración y sucesión,

b. Definición de amor

Tomando como analogía la fuerza física:

- Puedo sentir la electricidad que hay entre nosotros.
- Fui atraído hacia ella magnéticamente.
- Hay una energía increíble en su relación.

Tomando como analogía la magia:

- Me hechizó.
- Me tenía hipnotizado.
- La magia se ha ido.

---

adversario y, en consecuencia, atacamos sus posiciones y defendemos las nuestras. Aunque no se trata de una batalla física, ésta es una batalla verbal y la estructura de una discusión es un reflejo de aquélla». En DANESI, Marcel, *Metáfora, pensamiento y lenguaje (una perspectiva viquiana de teorización sobre la metáfora como elemento de interconexión)*, Kronos, Sevilla, 2004, p. 29.

16.5.1. La formación de conceptos en el derecho

Juan URETA[309], señala que «*los conceptos se elaboran por relaciones entre diversos objetos formando prototipos*[310], *que acumulan la experiencia sobre los objetos, pero que no tienen límites*».

En la formación de los conceptos, la relación entre las definiciones y los atributos, no solo es semántico, también es sensorial. A decir de VINNER, dos constructos permiten explicar esta relación: la imagen conceptual y la definición conceptual. A través de la primera se evoca (experiencia) todo lo que el objeto puede contener de característico. El segundo implica la definición lógica del concepto[311]. Por ello, SOSA CARRILLO, afirma que «*conocer la definición de un concepto no garantiza su entendimiento. No se puede comprender una definición, ni tener posibilidad de una aplicación pertinente de la misma, si solo se reproduce de memoria. Solo el constante uso de la definición en situaciones problemáticas, puede generar la apropiación de la misma*»[312].

En la edad media, los escolásticos extendieron la idea que los conceptos se elaboran clasificando los objetos en género y especie. La palabra era considerada entonces «como un símil de la realidad, de manera que las artes sermocinales (gramática, retórica y dialéctica o lógica) al estudiar la palabra y su estructura junto con su capacidad de composición, pretendían, al mismo tiempo, dar razón de la estructura y las leyes de composición de la realidad, concebida también de manera discursiva. Lo que es lo mismo, se considera la palabra como 'espejo' de la realidad. Pero tras la denuncia nominalista, según la cual el lenguaje y sus universales que lo componen son meras voces vacías, que en poco o nada compro-

---

309 Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 255.

310 Las figuras prototípicas son aquellas que corresponden a una organización regular de contorno, orientación y forma; es decir, son casos, imágenes o ejemplos que se toman como modelos para establecer relaciones. Cfr. SOSA CARRILLO, Cruz Evelia, «Un estudio sobre el problema de la enseñanza-aprendizaje de la definición geométrica. El efecto de los ejemplos prototipo». En *Centro de Investigaciones matemáticas y meta-matemáticas de la Universidad de Costa Rica*, agosto, 2009. Véase la siguiente página web: http://cimm.ucr.ac.cr/ciaem/memorias/xii_ciaem/145_problema_ensenanza.pdf

311 Cit. por SOSA CARRILLO, Cruz Evelia, *ibidem.*

312 Cfr. SOSA CARRILLO, Cruz Evelia, *ibidem.*

meten la realidad, se rompe el tradicional paralelismo y armonía entre lógica y realidad»[313].

Con este procedimiento, señala Juan URETA[314], «*se busca elaborar un sistema de conceptos que permita organizar todos los preceptos jurídicos en relaciones de género y especie, y así brindamos árboles de conceptos o divisiones de conceptos*. (...). Los grandes tratados de derecho elaborados en Francia y Alemania trataban de exponer el derecho vigente como un árbol de conceptos, planteándose la llamada jurisprudencia de conceptos, la cual ha promovido teorías tan importantes como la de relación jurídica, negocio jurídico, sujeto de derecho; y este esquema influyó en la teoría del delito, las teorías procesales, etc.».

El árbol de conceptos, a través de la regla: «cada concepto genérico debe partir de la comparación de especies y, las especies de comparar individuos; se torna útil, sin duda, pues a diversos casos semejantes se les puede dar una descripción genérica y un mismo tratamiento, permitiendo así resolver los problemas con menos esfuerzo»[315]. Sin embargo, las distinciones lógicas difícilmente pueden dar razón de las diferencias entre los individuos, porque las especies son abstractas y formales, y la experiencia o materia empírica es muy diversa[316].

Como precisa Juan URETA, «*lamentablemente el derecho no tiene especies, sino casos contradictorios que merecen soluciones diferentes y hasta algunas soluciones merecen excepciones, por lo que es muy difícil que por comparación se llegue a encontrar elementos comunes*»[317].

Veamos el siguiente ejemplo, siguiendo el esquema del árbol de conceptos[318].

16.5.2. La formación de conceptos a través de las metáforas y las analogías

Contrariamente a lo que comúnmente se piensa, «no existe tal cosa como una facultad de razón completamente autónoma, sepa-

---

[313] Cfr. SERRANO, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 36-37.
[314] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 254.
[315] *Ibidem*, p. 254.
[316] Cfr. SERRANO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 49.
[317] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 263.
[318] *Ibidem*, p. 254.

rada e independiente de las capacidades corporales como la percepción y el movimiento. La evidencia sustenta, en cambio, una perspectiva evolutiva, según la cual la razón usa y crece desde tales experiencias corporales»[319]. Quiere decir, «el lenguaje no refleja hechos basados en un mundo objetivista exterior, totalmente independiente de lo que las personas observan, sino que refleja estructuras conceptuales que la gente construye basándose en una experiencia y conocimiento, más o menos común, del mundo exterior que les rodea y de su propia cultura. El significado está basado en la naturaleza de nuestros cuerpos y en nuestra percepción, en nuestra interacción con el mundo físico, social y cultural que nos rodea»[320].

Por eso se afirma que la experiencia corporal directa es el modo principal a través del cual la realidad adquiere estructura para nosotros y que el núcleo de nuestro sistema conceptual está fundado en la experiencia corporal[321]. Quiere decir que los diferentes conceptos que expresamos con el lenguaje están basados en nuestra experiencia corporal y después están estructurados sistemáticamente por medio de diferentes mecanismos cognitivos como la metáfora y la metonimia.

Para LAKOFF y JOHNSON, todos los conceptos, incluso los más abstractos, estarían estructurados en cierto grado mediante metáforas conceptuales. Así, señalan: «*Los conceptos que rigen nuestro pensamiento no son simplemente asunto del intelecto. Rigen también nuestro funcionamiento cotidiano, hasta los detalles más mundanos. Nuestros conceptos estructuran lo que percibimos, cómo nos movemos en el mundo, la manera en que nos relacionamos con otras personas. Así que nuestro sistema conceptual desempeña un papel central en la definición de nuestras*

---

[319] Cfr. LAKOFF, George y Johnson, Mark, *Metáforas de la vida cotidiana*, Cátedra, Madrid, 2001, p. 17.

[320] Cfr. IBARRETXE ANTUÑANO, Iraide, «Metáforas de la percepción: una aproximación desde la lingüística cognitiva, Departamento de Lingüística General e Hispánica de la Universidad de Zaragoza», 2010, en C. SANTIBÁÑEZ y J. OSORIO (eds.), *Recorridos de la metáfora: mente, espacio y diálogo*, Concepción, Chile, EUDEC. Asimismo, cfr. http://www.unizar.es/linguisticageneral/artículos / Ibarretxe-Chile-metaforas-09.pdf

[321] Cfr. MINERVINO, Ricardo, «La capacidad de la teoría de proyección de la estructura y la teoría de la metáfora conceptual para explicar la generación y el uso de metáforas conceptuales: una comparación crítica», en *Subjetividad y Procesos Cognitivos*, N° 10,2007, pp. 139-162 (151).

realidades cotidianas. Si estamos en lo cierto al sugerir que nuestro sistema conceptual es en gran medida metafórico, la manera en que pensamos, lo que experimentamos y lo que hacemos cada día también es en gran medida cosa de metáforas»[322].

Ejemplo 1:

El tiempo (concepto sumamente abstracto) sería entendido a partir de nuestra experiencia corporal con el espacio. Si tomamos en cuenta las siguientes expresiones metafóricas: «Cuando lleguemos a diciembre, vamos a descansar»; «A menos que corramos, no creo que lleguemos al lunes con el informe listo». Estas expresiones metafóricas demostrarían, de acuerdo a LAKOFF y JOHNSON, que utilizamos los esquemas sensorio-motrices espaciales de llegar a un punto en un camino para estructurar, entender y experimentar el tiempo[323].

Ejemplo 2:

La metáfora «la discusión es una guerra», y metáforas vinculadas a ésta: «Tus afirmaciones son indefendibles», «Destruí su argumento», «Si usas esa estrategia, te aniquilará», por ejemplo, nos permite ver «a la persona con la que discutimos como un oponente. Atacamos sus posiciones y defendemos las nuestras. Ganamos y perdemos terreno. Planeamos y usamos estrategias. Si encontramos que una posición es indefendible, la abandonamos y adoptamos una nueva línea de ataque. Muchas de las cosas que hacemos al discutir están estructuradas parcialmente por el concepto de guerra. Aunque no hay una batalla física, se da una batalla verbal, y la estructura de una discusión -ataque, defensa, contraataque, etc.- lo refleja. En este sentido, la metáfora una discusión es una guerra es algo de lo que vivimos en nuestra cultura, estructura las acciones que ejecutamos al discutir»[324].

Claro, es cierto que las discusiones y la guerra son dos cosas de diferente tipo, el primero son discursos verbales, mientras que el segundo alude a un conflicto armados, ejecutándose para cada uno diferentes tipos de acciones; sin embargo, una discusión se estructu-

[322] Cfr. LAKOFF, George y JOHNSON, Mark, *op. cit.*, p. 39.
[323] Cfr. MINERVINO, Ricardo, *op. cit.*, p. 151.
[324] Cfr. LAKOFF, George y JOHNSON, Mark, *op. cit.*, p. 41.

ra parcialmente, se piensa en ella, se ejecuta y se describe en términos bélicos. El concepto se estructura metafóricamente, la actividad se estructura metafóricamente, y, en consecuencia, el lenguaje se estructura metafóricamente[325].

En consecuencia, para LAKOFF y JOHNSON, la concepción que tienen de las metáforas, es que son la expresión de una actividad cognitiva que conceptualiza y categoriza, y es a través de ese proceso que comprendemos un ámbito de nuestra experiencia en términos de la estructura de otro ámbito de experiencia[326].

16.6. Metáforas y analogías

Existen dos formas de razonar tan viejas como la aparición de la inteligencia en la especie humana[327]:

1) La primera es el AUTOMATISMO INVOLUNTARIO DE LAS GENERALIZACIONES. Por medio de las experiencias repetidas podemos generalizar por inducción. De esta forma, una vez que se enuncia una regla, a la cual se ha llegado por medio de la observación de la realidad en el estudio de una serie de casos parecidos, se puede aplicar dicha regla ante cualquier caso nuevo del mismo género. Ejemplo:

2) El segundo mecanismo lógico automático es LA ANALOGÍA. En el primer caso, hemos visto que de la repetición de casos parecidos se estableció una regla, la misma que resulta aplicable a nuevos casos del mismo género. Pero, ¿qué ocurrirá si carecemos de una regla porque nos enfrentamos a un caso nunca antes visto? En una situación como esa, buscamos en la experiencia algo parecido que nos sugiera la solución.

Esto guarda concordancia con la idea expuesta por LAKOFF y JOHNSON, de que «*dos son las vías por las que obtenemos los esquemas*

---

325 ID.

326 Cfr. NUBIOLA, Jaime, «El valor cognitivo de las metáforas», en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, N° 103, Pamplona, 2000, pp. 73-84.

327 Cfr. GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo, «Uso de razón. Argumentos», en: http://www.usoderazon.com /

conceptuales que organizan nuestro pensamiento: por nuestra propia experiencia directa y a través de nuestra cultura»[328].

Veamos el siguiente esquema[329]:

16.6.1. La metáfora

La metáfora no es solo una figura literaria, sino que es un mecanismo cognitivo que se utiliza para procesar información abstracta a partir de conceptos más concretos, simples y familiares[330]. La metáfora no es una anomalía semántica, ni es tan solo un recurso de la imaginación poética, como se pensaba tradicionalmente, por el contrario, «impregna la vida cotidiana, no solamente el lenguaje sino también el pensamiento y la acción; tan es así que nuestro sistema conceptual ordinario, en términos del cual pensamos y actuamos, es fundamentalmente de naturaleza metafórica»[331]. La metáfora es un «fenómeno conceptual que nos permite crear nuestras abstracciones en función del sentido de las cosas»[332].

Para ARISTÓTELES, «*la metáfora consiste en dar a una cosa un nombre que -pertenece a otra, produciéndose la transferencia del género a la especie, o de la especie al género, o con base en la analogía*»[333]. Es un concepto dado dentro de un contexto poético, pues, amplía la cobertura de imágenes a tropos como la analogía, la sinécdoque y la metonimia[334].

---

328 Cit. ORTIZ DÍAZ GUERRA, María Jesús, *La metáfora visual incorporada: aplicación de la teoría integrada de la metáfora primaria a un Corpus Audiovisual*, tesis doctoral, Departamento de Comunicación y Psicología Social de la Universidad de Alicante, 2009, p. 53.

329 Cfr. GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo, en http: // www.usoderazon.com

330 Cfr. CUENCA, María y HILFERTY, Joseph, *Introducción a la lingüística cognitiva*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 24.

331 Cfr. LAKOFF, George y JOHNSON, Mark, *Metáforas de la vida cotidiana*, Cátedra, Madrid, 2001, p. 39.

332 Cfr. DANESI, Marcel, *Metáfora, Pensamiento y Lenguaje. (Una perspectiva viquiana de teorización sobre la metáfora como elemento de interconexión)*, Kronos, Sevilla, 2004, p. 38.

333 Cfr. ARISTÓTELES, «Poética», § 1457.

334 Cfr. SIERRA MEJÍA, Rubén, «La metáfora del texto filosófico», en OLIVÉ, León y VILLORO, Luis (eds.), *Homenaje a Femando Salmerón, Filosofía Moral, educación e historia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 733. Cabe precisar que mientras la metáfora opera entre dos dominios, la metonimia lo hace dentro de un solo

En términos más precisos, Ibarretxe define la metáfora conceptual como «*el conjunto de correspondencias conceptuales sistemáticas entre dos dominios conceptuales diferentes, en donde algunas de las propiedades del dominio fuente se transfieren al dominio meta*»[335].

LAKOFF y JOHNSON definen la metáfora de la siguiente manera: «*la esencia de la metáfora es entender y experimentar un tipo de cosa en términos de otra*»[336].

Para Kóvecses, (1) la metáfora es una propiedad de los conceptos y no de las palabras; (2) que la función de la metáfora es para entender mejor ciertos conceptos, y no se trata solo de algunos propósitos estéticos o artísticos; (3) la metáfora a menudo no se basa en una similitud o analogía; (4) la metáfora es usada muy a menudo en la vida cotidiana por personas comunes y no por personas talentosas (particularmente dotadas desde un punto de vista estético); y (5) la metáfora lejos de ser un pensamiento superfluo que agrede a un ornamento lingüístico, es un proceso inevitable del pensamiento humano y del razonamiento»[337].

Para SPERBER y WILSON[338], las metáforas aumentan los efectos contextuales e incrementan la relevancia. Por ello, las dos caracte-

---

dominio. La metáfora asocia entidades provenientes de dos dominios distintos; la metonimia, por el contrario, asocia dos entidades conceptualmente contiguas pertenecientes al mismo dominio.

335 Cfr. IBARRETXE ANTUÑANO, Iraide, «Metáforas de la percepción: una aproximación desde la lingüística cognitiva», en: http://www.unizar.es/linguisticageneral / artículos/ Ibarretxe-Chile-metaforas-09.pdf

336 Cfr. LAKOFF, George y Mark JOHNSON, *op. cit.*, p. 41. Estos autores plantean un enfoque cognitivo, propuesta que nace del rechazo del objetivismo -visión predominantemente occidental-, y del subjetivismo -intuición-, y se adhiere a las propuestas del experiencialismo, que hace hincapié en la interacción del ser humano con el mundo que le rodea para llegar a una mejor comprensión de sus mecanismos cognitivos. De esta forma, para el experiencialismo, la verdad no será ni absoluta ni relativa a cada individuo, sino que será relativa al sistema conceptual utilizado, que se basa en las experiencias individuales y las de otros miembros de la misma cultura.

337 Cfr. KÖVECSES, Zoltán, *Metaphor: a Practical Introduction*, Oxford University Press, 2002, p. VII del Prefacio.

338 Cit. ORTIZ DÍAZ GUERRA, María Jesús, *La metáfora visual incorporada: aplicación de la teoría integrada de la metáfora primaria a un Corpus Audiovisual*, tesis doctoral, Departamento de Comunicación y Psicología Social de la Universidad de Alicante, 2009, pp. 27-28.

rísticas de las metáforas son: a) interpretan un pensamiento del hablante que puede ser complejo y no parafraseable mediante un enunciado literal; b) tienen mayores efectos contextuales que los enunciados literales. Por ejemplo: «esta habitación es una pocilga»; es más expresiva que «esta habitación está desordenada y sucia».

Una de las características esenciales de la metáfora es que se retroalimenta de lo corpóreo, de las sensaciones antes que de la razón. Por ejemplo: la serpiente suele ser vista en nuestro mundo experiencial de forma negativa, porque es identificada con especies venenosas que ocasionan la muerte. Esta reacción es empleada lingüísticamente para comprender a una persona infiel y maligna. Claro que en culturas donde la serpiente es considerada como un animal sagrado, dicha expresión indica que la persona es muy espiritual. Esto quiere decir que el núcleo de nuestros sistemas conceptuales, está directamente radicado en la percepción, en el movimiento corpóreo y en la experiencia de carácter físico y social. Pero la metáfora también revela que el pensamiento es imaginativo[339].

- Elementos de la metáfora:

La metáfora se encuentra conformada por tres elementos:

a) El **tenor** (dato), es aquello a lo que la metáfora se refiere, el término literal; es el dominio que presta sus conceptos.

b) El **vehículo** (transmisión), es lo que se dice, el término figurado; es el dominio que recibe dichos conceptos.

c) El **fundamento**, es la relación existente entre el tenor y el vehículo.

Por ejemplo, en la metáfora conceptual:

Como características principales de las metáforas, LAKOFF y TURNER señalan que *son omnipresentes, porque inundan nuestros pensamientos sin importar en qué estemos pensando; accesibles a todo el mundo, porque ya desde niños aprendemos a utilizarlas; convencionales, porque constituyen una parte clave de nuestro pensamiento y lenguaje cotidiano; irremplazables, porque nos ayudan a entendemos a nosotros mismos y al mundo que nos rodea de una manera diferente y*

[339] Cfr. DANESI, Marcel, *op. cit.*, p. 38.

especial[340], además son cognoscitivas, porque nos ayudan a comprender el mundo.

Por lo general, se distinguen seis funciones de las metáforas, que formarían parte de la función creativa del lenguaje en general: 1) una decorativa, de adorno; 2) otra emotiva, de intensidad; 3) una tercera económica, de concisión; 4) también sirven para nombrar cosas que aún no tienen nombre o simplemente que interesa no nombrar por razones de decoro o prohibiciones políticas; sería por tanto una función eufemística; 5) en quinto lugar, las metáforas tienen una función, valga la redundancia, funcional, práctica pues nos permiten nombrar aquello a lo que no se le puede dar nombre por incapacidad del lenguaje; 6) por último, obligan al lector a ser creativo, y tienen así pues una función imaginativa[341].

- Clases de metáforas:

En la actualidad, la clasificación más aceptada es la propuesta por LAKOFF y JOHNSON, quienes distinguen entre las metáforas estructurales y las no estructurales u orientacionales.

Las primeras se subdividen en metáforas situacionales y metáforas no situacionales; mientras que las segundas se subdividen en metáforas especializadoras y metáforas ontológicas.

a) Metáforas orientacionales:

Las metáforas orientacionales, se basan en los llamados esquemas de imágenes, se caracterizan porque organizan un sistema global de conceptos con relación a otro sistema. La mayoría de ellas tienen que ver con la orientación espacial y nacen de nuestra constitución física. Entre las más comunes, tenemos: arriba/abajo, dentro/fuera, delante/ detrás, profundo/superficial, central/periférico[342].

---

340 Cfr. AGUILAR FRANCH, Manuel Ramón, *El poder de la metáfora en la estructuración e interpretación de obras literarias y fílmicas: Wuthering Heights*, tesis doctoral, Departamento de Filología inglesa y alemana, Universidad de Valencia, Valencia, junio del 2009, p. 56.

341 Cfr. AGUILAR FRANCH, Manuel Ramón, *op. cit.*, p. 59.

342 Cfr. NUBIOLA, Jaime, *op. cit.*

Por ejemplo, lo bueno es arriba, lo malo es abajo; estatus es alto, estatus es bajo; las cosas van hacia arriba, vamos cuesta abajo; alta calidad, baja calidad; la virtud es arriba, el vicio es abajo; esa persona tiene pensamientos elevados o rastreros.

JOHNSON pretende dar cuenta de las estructuras no proposicionales del significado. Es decir, el proyectar sobre un árbol una orientación vertical es un hecho no preposicional que resulta de la experiencia corporal del individuo con su entorno, aunque para comunicarlo se deba recurrir a un contenido proposicional[343].

A continuación, veamos algunos ejemplos de metáforas orientacionales propuesto por LAKOFF y JOHNSON:

METÁFORA ORIENTACIONAL	EJEMPLOS
Feliz es arriba, triste es abajo.	«Me *levantó* la moral»; «*Caí* en una depresión».
Lo consciente es arriba, lo inconsciente es abajo.	«Se *hundió* en un profundo sueño del que fue difícil *sacarlo*».
Salud y vida es arriba, enfermedad y muerte es abajo	«*Cayó* gravemente enfermo, pero ya está otra vez *arriba*».
Tener control o fuerza es arriba, estar sujeto a control o fuerza es abajo.	«Tengo a veinte personas *bajo* mi mando».
Más es arriba, menos es abajo.	«Aunque el precio del barril ha *bajado*, el de la gasolina ha *subido*».
Los acontecimientos futuros previsibles están arriba y adelante.	No sabemos lo que sucederá *más adelante*».
Un estatus elevado es arriba.	«Ha llegado a la *cima* de su carrera profesional».
Lo bueno es arriba, lo malo es abajo.	«Para conseguir ese trabajo has caído *muy bajo*».
La virtud es arriba, el vicio es abajo.	«La música *eleva* el espíritu».
Lo racional es arriba, lo emocional es abajo.	«Despiertas mis *bajos* instintos».

[343] Cfr. MARTIN DE LA ROSA, María Victoria, *Estudio contrastativo de la metáfora en el discurso periodístico: el conflicto de las vacas locas en la prensa española e inglesa*, tesis doctoral, Facultad de Filología de la Universidad Complutense, Madrid, 2002, p. 38.

b) Metáforas Mitológicas:

A través de estas metáforas se categoriza un fenómeno de forma peculiar mediante su consideración como una entidad, una sustancia, un recipiente, una persona, etc.

Por ejemplo, la mente humana es un recipiente; no me cabe en la cabeza; no me entra la lección; tener algo en mente; o tener la mente vacía; tener una melodía en la cabeza; estoy saturado; eres un cabeza hueca.

Con este tipo de metáforas se persigue entender racionalmente nuestras experiencias.

c) Metáforas estructurales:

Por medio de las metáforas estructurales una actividad o una experiencia se estructura en términos de otra[344]. Son las metáforas más complejas ya que su base experiencial es el reflejo de un aspecto de una cultura que bien podría ser distinto en una cultura diferente; es decir, de los tres tipos de metáforas vistas hasta el momento, éstas son las que permiten un mayor grado de elaboración ya que no solo orientan conceptos -como las metáforas orientacionales- o los dotan de entidad -como las metáforas ontológicas- sino que además permiten que utilicemos un concepto altamente estructurado y claramente delineado para estructurar otro[345].

De esta forma, el ejemplo: «*una discusión es una guerra*», se entiende y experimenta un tipo de cosa en términos de otra. Es decir, la guerra estructura -al menos en parte-, lo que hacemos y la forma en que entendemos lo que hacemos cuando discutimos. Es así que los que participan en una discusión sienten que realmente pueden ganar o perder. A la persona con la que se discute se la percibe como un oponente; se atacan sus posiciones y se defienden las proas; se planean las estrategias a utilizar. Si bien no hay una batalla física, si hay una batalla verbal, como demuestra la estructura de las discusiones: atacar, defender y contraatacar[346]. Otros ejemplos: comprender es ver un discurso, un tejido; las ideas están mal hilvana-

---

344 Cfr. LAKOFF, George y JOHNSON, Mark, *op. cit.*, p. 61.
345 Cfr. MARTIN DE LA ROSA, María Victoria, *op. cit.*, p. 41.
346 ID.

das; falta un hijo argumental o conductor; se atan cabos; se hila muy fino.

LAKOFF y JOHNSON ofrecen algunos ejemplos de metáforas estructurales:

METÁFORA ESTRUCTURAL	EJEMPLOS
Las teorías (y los argumentos) son edificios	«Su teoría está bien construida»; «sus argumentos no tienen una base sólida».
Las ideas son comida	«Devoró el libro en una tarde».
Las ideas son personas	«Darwin el padre de la evolución».
Las ideas son plantas	«Sus ideas fructificaron enseguida».
Las ideas son productos	«Hay que limar tu propuesta».
Las ideas son artículos de consumo	«Me vendieron que la idea era factible».
Las ideas son recursos	«Se me han agotado las ideas».
Las ideas son dinero	«Tu imaginación es muy valiosa».
Las ideas son instrumentos que cortan	«Eres muy agudo en tus observaciones».
Las ideas son modas	«Son ideas absurdas que, afortunadamente, ya no se llevan».
Entender es ver	«Sus explicaciones son claras».
El amor es una fuerza física	«Entre nosotros saltó la chispa».
El amor es un paciente	«Tenemos una relación muy sana»
El amor es locura	«Estoy loco por ella».
El amor es magia	«Su mirada me hechizó por completo».
Ver es tocar	«Lucha por ella si tanto la quieres».
El amor es guerra	«Quédate al alcance de mi vista».

A continuación enunciamos algunas de las metáforas más conocidas y utilizadas en la ciencia:

Con relación a la forma cómo se adquiere el conocimiento, POPPER acude a dos imágenes de la vida cotidiana: el cubo y el reflector; con esta metáfora construye una amplísima comparación

sobre las dos tendencias fundamentales de la epistemología: el empirismo y el racionalismo.[347] Con la metáfora del cubo, POPPER se refiere a las concepciones acumulativas del conocimiento, es decir, al aprendizaje memorístico y de acumulación de datos, semejante a la idea de rellenar como un cubo la mente de los estudiantes. Mientras que con la metáfora del reflector, el conocimiento va iluminando aspectos de la realidad, con el cual alcanza un saber provisional.

Asimismo, encontramos la metáfora utilizada por ARISTÓTELES en la antigüedad y por LOCKE en la época moderna, cuando llama al alma una tábula rasa (catacresis). La de WITTGENSTEIN que considera al lenguaje como una pintura de la realidad, o la cartesiana del animal máquina»[348].

Ahora, veamos algunas metáforas desarrolladas en el campo jurídico:

- El mercado libre de las ideas

Esta ingeniosa metáfora fue acuñada por el Juez Oliver Wendell Holmes en su voto discrepante en el caso Abrams vs. United States, en el año 1919. En esta sentencia estableció los cimientos de la Primera enmienda (libertad de expresión, culto, prensa, petición y de reunión) como libre intercambio de ideas[349]. En este voto particular HOLMES afirma: «*estoy completamente en desacuerdo con el argumento del Gobierno según el cual la Primera Enmienda mantiene la vigencia del Common law en relación con el libelo sedicioso. Me parece que la historia se opone a esa tesis. Durante muchos años los EE. UU. han mostrado su arrepentimiento por la Sedition Act 1798, reembolsando las multas que habían impuesto en virtud de esa ley*». Luego agrega: «*...el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el mercado libre de las ideas, que el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es el único fundamento sobre el que*

---

[347] Cfr. POPPER, Karl, *Conocimiento objetivo*, Tecnos, Madrid, 1982. Apéndice: «El cubo y el reflector: Dos teorías acerca del conocimiento», pp. 307-325.

[348] Cfr. SIERRA MEJÍA, Rubén, *op. cit.*, p. 734.

[349] Cfr. CÁMARA VILLAR, Gregorio, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 40.

sus deseos pueden cumplirse. Esta es, en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución...»[350].

Para el Juez HOLMES, no le compete al Estado prohibir ideas, aunque alguien las considere equivocadas, ni la expresión de las mismas ya que el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado. Por más perniciosa que una idea pueda parecer, su corrección depende, no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición con otras ideas. En una sociedad las diferentes opiniones compiten entre sí en un debate abierto y plural, donde unas tienen más éxito que otras, dependiendo de la cantidad de seguidores y la calidad de los argumentos, lo cual evita que exista una verdad declarada como oficial, permaneciendo el Estado neutral respecto a los discursos de la esfera pública, coincidiendo esta posición con la teoría del constitucionalismo norteamericano.[351]

En este caso, la metáfora se descompone de la siguiente manera:

- Los frutos del árbol prohibido:

La doctrina de los frutos del árbol envenenado fue postulada por primera vez en el caso *Silverthome Lumber Co. vs. United States.* La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos introdujo esta metáfora para considerar inválidos no solo a los actos de prueba obtenidos con violación de los derechos y garantías constitucionales

---

[350] Cfr. ARJONA SEBASTIA, G, *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes,* Iustel, Madrid, 2006, pp. 151-152. La Sedition Act tiene su antecedente en los debates que se desataron en el Congreso entre Federalistas y Republicanos en 1798, con motivo del deterioro de las relaciones con Francia a causa de la firma del Tratado de Jay entre EE.UU. e Inglaterra. Esta ley de Sedición, entre otras medidas, criminalizaba el disenso político al considerar delictivas la expresión y publicación de escritos «falsos, escandalosos o malintencionados» contra el Gobierno. Dada la inestabilidad política de esos momentos, se partía de las premisas de que cualquier manifestación, ya fuese oral o escrita, que cuestionase la política llevada a cabo por el Gobierno, debía ser suprimida para salvaguardar la confianza de los ciudadanos hacía sus instituciones; de que la crítica política debía ser considerada una traición, y los discrepantes, enemigos del Estado.

[351] Cfr. PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* N° 21, 2010, p. 72.

(reglas de exclusión), sino también proyectar dicha invalidez a todos los actos que resulten consecuencia de éste (doctrina de los frutos del árbol envenenado). De acuerdo a esta doctrina, cuando el procedimiento inicial es violatorio de garantías constitucionales, esa ilegalidad se va a proyectar a todos los actos que resultasen consecuencia de éste. De esta forma, se prohíbe valorar todas las pruebas derivadas de la prueba ilícitamente obtenida[352].

La metáfora se plantea de la siguiente manera: si la fuente de la evidencia (el árbol) está contaminada, entonces todo lo que de ella derive (la fruta) también lo estará. Ahora, como refiere Margarita SERRANO[353], «la imagen a la que nos transporta este principio es que pretende hacer una alusión simbólica a la idea de tentación. Quienes se entregan a la tarea de encontrar la verdad, son perseguidos incesantemente por la tentación de tomar los frutos, las pruebas, la información obtenida del árbol envenenado, de los medios probatorios ilícitos».

En su momento, el Juez norteamericano Oliver W. HOLMES, partidario de excluir del acervo probatorio toda prueba prohibida, afirmaba de forma concluyente: «es un mal menor el de que algún criminal haya de escapar a la justicia, que el de que las autoridades públicas representen un papel innoble en la búsqueda de pruebas con medios ilícitos»[354]. El Juez HOLMES realiza una evaluación de las repercusiones que traería consigo el admitir pruebas prohibidas, tanto para la seguridad jurídica, como para la honorabilidad del rol que deben desempeñar los jueces en representación de la justicia.

En este caso, la metáfora se descompone de la siguiente manera:

- Los modelos de Juez: Hércules, Júpiter y Hermes

François OST, Director de la *Académie Européene de Théorie du Droit* de *Bruselas*, planteó una metáfora, estableciendo un paralelis-

---

[352] Cfr. ARAYA VEGA, Alfredo, «La teoría de los frutos del árbol envenenado. Críticas e interpretación en Costa Rica», en http://www.pensamiento penal.com.ar/16032011/ doctrina05.pdf

[353] Cfr. SERRANO, Margarita, «Los frutos del árbol envenenado: tentación y legitimidad en el Derecho Internacional», en *Revista Mayéutica*, N° 1, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, diciembre del 2008, p. 4.

[354] Cit. por SERRANO, Margarita, *ibidem.*

mo entre tres modelos de juez: Hércules, Júpiter y Hermes, según la mayor o menor libertad de elección que posee para decidir. El modelo de Hércules, propio de las teorías realistas norteamericanas, especialmente la de Ronald DWORKIN, se refiere a un juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos. En este caso no hay más Derecho que el jurisprudencial. Estamos ante la preferencia de las decisiones particulares, la singularidad y lo concreto del juicio, frente a la generalidad y abstracción de la ley. La equidad se torna como valor trascendente. Se trata de un modelo pluralista[355].

El Modelo de Juez Júpiter, es anunciado desde arriba, de algún monte Sinaí, se deposita en las tablas de la ley o códigos y constituciones modernos. La imagen es la de una pirámide normativa en cuya cúspide descansa lo sagrado, la trascendencia. El movimiento que alimenta esta construcción es siempre lineal y unidireccional. El modelo de la pirámide traduce las exigencias del Estado liberal de Derecho del siglo XIX. En este modelo prevalece la ley codificada y general, reflejo de una justicia abstracta, frente a la equidad como justicia del caso concreto. Se trata de un modelo monista, frente al modelo pluralista de Hércules[356].

Ante ambos modelos, completamente distantes entre uno y otro, el derecho postmoderno ha presentado como alternativa el modelo del Juez Hermes. Es el mensajero de los dioses, el intérprete, el mediador, el portavoz. Si la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter y el embudo al pragmatismo de Hércules, la imagen de Hermes adopta la forma de una red. No tanto un polo -la jurisprudencia equitativa- ni otro -la ley abstracta-, ni siquiera la combinación de ambos, sino una multitud de puntos interrelacionados. La información se expresa en un banco de datos. Hermes no es ni trascendencia -legitimidad- ni inmanencia -eficacia-, sino la combinación de ambas. Las características propias del modelo del juez Hermes serían el gradualismo y el relativismo -frente al dogmatismo y al escepticismo-, la circularidad -frente a la estructura jerarquizada-, el Derecho -y el papel desempeñado por la

[355] Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, ¿Es posible un gobierno de los jueces?», en *Foro*, N° 6, Nueva Época, 2007, pp. 33-71.

[356] Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 48.

equidad- como un juego. El juez Hermes concibe el Derecho como algo necesariamente inacabado, como un juego complejo, con actores múltiples -el juez, el legislador, la sociedad civil-. Frente a un Derecho duro o blando -*hard* o *soft*-, se habla de un Derecho flexible, poroso, un Derecho «líquido», fluido, informal[357].

16.6.2. Las analogías

Como se ha mencionado, el uso de las comparaciones (metáforas, analogías, símiles), constituye una actividad espontánea cuando tratamos de dar sentido y comprender lo desconocido. Es por eso que a los precursores del pensamiento analógico los encontramos en el pensamiento antropomórfico y animista, a través del cual se proyectan comportamientos y principios de funcionamiento de los seres vivos (incluido el hombre), sobre el mundo inanimado (naturaleza). Es así que antes que los acontecimientos de la realidad fueran enunciados a través de leyes fijas e invariables, primero surgió un pensamiento mítico, plagado de deseos y tendencias finalistas donde interviene la divinidad como motor causal de los sucesos[358].

Por ejemplo, para los Caldeos, el universo era una región completamente cerrada, donde la Tierra se encontraba al centro, flotando completamente inmóvil sobre un gran mar, siendo esencialmente plana y formada por inmensas llanuras; en su parte central se elevaba una enorme montaña. Conteniendo al mar sobre el que flotaba la Tierra y rodeándolo totalmente había una muralla alta e impenetrable. Ese gran mar era un espacio vedado a los hombres, por lo que se le llamó *aguas de la muerte*. Se requería un permiso especial para hacerlo y éste solo era otorgado por los dioses en muy pocas ocasiones. El cielo estaba formado por una gran bóveda semiesférica que descansaba sobre la citada muralla. Fue diseñado y construido por Marduk, quien la hizo de un metal duro y pulido que reflejaba la luz del Sol durante el día. Al llegar la noche, el cielo tomaba un color azul oscuro porque se convertía en un telón que servía de fondo a la representación que hacían los dioses, identificados con los

---

[357] *Ibidem*, p. 49.

[358] Cfr. OLIVA MARTÍNEZ, José María, «El papel del razonamiento analógico en la construcción histórica de la noción de fuerza gravitatoria y del modelo de sistema solar (segunda parte)», en *Revista Eureka sobre enseñanza y divulgación de las ciencias*, vol. 1, N° 3, 2004, pp. 167-186.

planetas, la Luna y las estrellas. Es en esta cultura donde surge la idea de un cosmos con forma hemisférica.

En la mitología egipcia, Nut, «La Grande que parió a los dioses», es la diosa del cielo, creadora del universo y los astros. Se la solía representar como una mujer desnuda, con el cuerpo arqueado a modo de bóveda celeste, revestida de estrellas. Algunas veces como una vaca (Mehet-Urt) o sobre su marido Geb (la Tierra) y su padre Shu (el aire) intentando separarlos. También se representaba como una mujer que lleva en la cabeza un jarro de agua. Sus extremidades simbolizaban los cuatro pilares sobre los que se apoya el cielo.

En la mitología romana, los astrónomos antiguos observaron que, junto al Sol y la Luna, había en el cielo cinco pequeñas luces móviles apenas perceptibles a simple vista. Las llamaron *planetes* (errantes) y les dieron el nombre de dioses de la antigua Roma: Mercurio, Venus, Marte, Júpiter y Saturno. Se pensaba que los planetas tenían algún tipo de relación con las personas, y que cada uno influía en un día de la semana. En la época medieval, los alquimistas los asociaban con metales. La descripción del cosmos de Andreas CELLARIUS, publicada en 1660 en la Harmonía Macrocósmica, se basaba en el sistema desarrollado en el s. II por el astrónomo Tolomeo, el cual ubicaba incorrectamente la Tierra en el centro del cosmos.

Entre los dioses de la mitología de Roma, tenemos por ejemplo: Mercurio, el mensajero de los dioses, se llamaba así porque era el que transcurría más rápido por el cielo. Marte, el dios de la guerra, como era rojizo pensaban que era sangre. Venus era asociada con la diosa de la belleza y el amor, por su cautela para transcurrir en el cielo. Júpiter asumía el mismo papel que Zeus en la mitología griega como principal deidad del panteón; considerado como la estrella en movimiento constante más lejana, era el dios supremo, gobernaba en los cielos y tenía el poder del rayo.

Superada la etapa mítica, los antiguos griegos son los primeros en pensar la naturaleza en términos objetivos, alejada de la conducta arbitraria de los dioses, y más bien como producto de leyes necesarias e impersonales. Con PTOLOMEO, se consideraba *la tierra como*

el centro del universo. Con COPÉRNICO y KEPLER se llega una nueva era en la visión del universo; es el Sol el centro del universo; se desplaza así la teoría geocéntrica por la teoría heliocéntrica.

Dentro de este contexto, vamos a encontrar interesantes y didácticas analogías que pretenden dar cuenta de cómo es y cómo funciona el universo.

En el siglo XVI, Nicolás COPÉRNICO utiliza una comparación mística entre el sistema solar y la Trinidad, en la que se sostenía que el universo era en su conjunto la imagen y analogía de la Trinidad. El Padre era el centro (el Sol), el Hijo las esferas en torno, mientras el Espíritu era el complejo de relaciones dentro del universo. La idea en sí misma era muy popular en su época, de hecho, Cristo fue modelado por los pintores del Renacimiento sobre bustos de Apolo, el dios solar[359].

Asimismo, en sintonía con esa visión mística del mundo, con referencia a la importancia del sol en el universo, COPÉRNICO en tono metafórico dirá: «*En este bellísimo templo, ¿quién pondría esta lámpara en una posición diferente no mejor que aquélla desde la cual puede iluminar todas las cosas al mismo tiempo? Pues no sin razón llaman algunos al Sol el faro del universo, otros su mente y otros su gobernante*»[360].

Luego, RHÉTICO, comparaba el modelo de su maestro Copérnico con un mecanismo perfecto de relojería en el que Dios jugaría el papel de un relojero, al señalar: «*Puesto que vemos que este único movimiento satisface un número casi infinito de apariencias, ¿no habríamos de atribuir a Dios, Creador de la naturaleza, esa destreza que observamos en los relojeros normales? En efecto, éstos evitan cuidadosamente insertar en el mecanismo cualquier rueda superflua o cualquiera cuya función se pueda realizar mejor con otra mediante un ligero cambio de posición*»[361].

Un siglo más tarde, Johannes KEPLER, creía en la conducción divina del universo a través de una especie de orden geométrico que

---

[359] Cfr. OLIVA MARTÍNEZ, José María, «El papel del razonamiento analógico en la construcción histórica de la noción de fuerza gravitatoria y del modelo de sistema solar (primera parte)», en *Revista Eureka sobre enseñanza y divulgación de las ciencias*, vol. 1, N° 1,2004, pp. 31-44.

[360] Cit. por OLIVA MARTÍNEZ, José María (N° 1), *op. cit.*, p. 35.

[361] Cit. por OLIVA MARTÍNEZ, José María (N° 1), *op. cit.*, p. 35.

mediaba entre Dios y el mundo, y que se plasmaba, por ejemplo, en las relaciones matemáticas que regían el tamaño de las órbitas de los distintos planetas, entremezclándose de esta forma principios físicos mecánicos y animistas. En consecuencia, no se trataba de una dinámica pura de las fuerzas físicas y los movimientos originados por ellas, pues, si bien atribuía el movimiento orbital de los planetas a una acción que el Sol ejercía sobre ellos, sin embargo, la rotación de ellos y del mismo Sol se asociaba con un principio animista o espiritual. Posteriormente, en su tercera ley de las órbitas, KEPLER utilizó una metáfora para hablar del movimiento de los planetas en términos de una sinfonía musical. A través de las regularidades detectadas en su tercera ley, creyó ver una analogía entre las velocidades orbitales máximas y mínimas de los planetas y los intervalos consonantes de la escala musical. Según esta analogía neoplatónica los tonos correspondientes a la Tierra eran las notas «fa» y «mi»[362].

- Conceptualización

Constituye un recurso habitual del lenguaje científico y cotidiano, siendo utilizado como recurso didáctico en la escuela, contribuyendo al desarrollo de destrezas del razonamiento científico, así como en la asimilación de conceptos teóricos.

Para OGBORN y MARTINS, «*las metáforas y analogías constituyen un aspecto esencial en el proceso de formación mental de las representaciones del mundo que nos rodea, así como de las inferencias que se pueden establecer de ellas*»[363].

Se afirma que la analogía se refiere a comparaciones de estructuras entre dos dominios, donde se establecen relaciones entre la representación de una estructura conceptual (tópico) y un esquema estructuralmente similar del conocimiento base (análogo), con la finalidad de comprender la situación nueva a través de una situación familiar.

El razonamiento analógico, basado en la analogía, es un proceso mental que contribuye al proceso de adquisición de nuevos cono-

---

362 Cfr. OLIVA MARTÍNEZ, José María (N° 1), *op. cit.*, p. 35.

363 Cit. por GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Benigno Martin, *Las analogías en el proceso enseñanza - aprendizaje de las ciencias de la naturaleza*, Departamento de Didácticas Especiales de la Universidad de La Laguna, 2002, p. 14.

cimientos, utilizando como elemento principal aquello que ya se conoce. De esta forma, se transfiere aquello que es semejante y de interés del análogo.

GONZÁLES GONZÁLES[364] encuentra los siguientes elementos como parte de sus características definitorias:

- La analogía se utiliza en la explicación de una situación o concepto nuevo (tópico) mediante una situación o concepto conocido (análogo).
- El análogo y el tópico son diferentes, aunque presentan características similares o semejantes.
- La analogía es un proceso en el que, mediante la comparación del análogo y del tópico, se establece un tejido o trama de relaciones entre las características similares de ambos. Esta trama de relaciones puede concebirse como un esquema que relaciona las características similares entre análogo y tópico.
- La finalidad de la analogía es la comprensión de la situación nueva o desconocida, es decir, del tópico. Esta comprensión se consigue porque la analogía facilita el desarrollo de modelos conceptuales del tópico y permite que haya una transferencia de conocimiento desde el análogo al tópico.

Por medio de la analogía se establece una serie de relaciones entre las características similares que poseen el análogo y el tópico. Por eso se afirma que entre el análogo y el tópico se da una semejanza estructural que permita la transferencia de uno a otro elemento.

Esta idea lleva a reconocer lo siguiente[365]:

- El análogo y el tópico están constituidos por componentes y que estos forman parte de su estructura.
- Cada componente viene caracterizado por una serie de propiedades, características o atributos.

---

[364] Cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Benigno Martin, *op. cit.*, p. 214.
[365] Cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Benigno Martin, *op. cit.*, p. 217.

- Entre los componentes existen nexos que son las correlaciones o comparaciones entre estos componentes.
- Estos nexos constituyen la estructura del análogo y el tópico.

Debemos destacar que la información importante que se transfiere entre el análogo y el tópico está contenida en los nexos y no en los atributos. Para dar cuenta de este fenómeno se utiliza el concepto de *semejanza estructural*; donde la analogía es un proceso de comparación de nexos semejantes, independientemente de los componentes de los que esos nexos estén formando parte.

Hay que tomar en cuenta también que la analogía ideal no existe en el razonamiento analógico espontáneo, pues en realidad, cada analogía es deficiente. En el conocimiento que se transfiere no interviene toda la estructura del análogo y del tópico, solo los nexos que son semejantes. A este uso restringido de los nexos se le denomina *criterio de restricción estructural*. El análogo y el tópico no son idénticos, la «semejanza estructural nunca afecta a la totalidad de la estructura del análogo y del tópico; siempre existirán nexos que no se corresponden, que no son semejantes, y por lo tanto, que no serán relevantes para la analogía»[366].

Criterios para identificar nexos semejantes (relación analógica)[367]:

a) Criterio de semejanza estructural

La semejanza estructural envuelve aquellos nexos que representan componentes con configuraciones similares (relaciones o proporciones semejantes entre sus componentes). Es decir, se presenta semejanza en la apariencia física externa o interna entre el análogo y el tópico.

Ejemplo: la analogía entre el estadio de fútbol y la semilla de arveja (análogo) y el átomo y el núcleo (tópico). Los atributos semejantes: a) son la forma curva elíptica del estadio y del átomo bidimensional y la forma esférica del núcleo y de la semilla de arveja; b) el tamaño de la semilla de arveja y el diámetro del estadio y el tamaño del núcleo y el diámetro atómico.

---

366 Cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Benigno Martin, *op. cit.*, p. 218.
367 Cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Benigno Martin, *op. cit.*, pp. 263-265.

b) Criterio de semejanza funcional

La semejanza funcional es cuando análogo y tópico presentan semejanzas en la función o en el comportamiento. Hay casos que se presentan a la vez una relación analógica estructural-funcional.

Ejemplo: (1) «La Luna es como un gran espejo que refleja la luz del Sol». (2) «Los enlaces químicos que unen a los átomos pueden compararse a la lucha de la cuerda entre dos personas».

Un ejemplo de relación analógica estructural-funcional es la siguiente: «la piel de los peces está recubierta de escamas imbricadas como las tejas de un tejado». Aquí las tejas y las escamas tienen una función similar.

c) Criterio de semejanza semántica

La semejanza semántica es la que representa los nexos que tienen significado semejantes. Cuanto mayor sea el número de nexos del análogo y del tópico que presenten semejanza semántica mayor será la efectividad de la analogía.

Ejemplo: En la evolución, como en la televisión, no es necesario ser bueno. Usted solo tiene que ser mejor que la competencia».

Veamos algunos ejemplos con múltiples características o nexos semejantes:

Ejemplo: Se equipará el circuito eléctrico (tópico) al circuito de agua (análogo). En otras palabras, se compara el circuito de agua con el circuito eléctrico. Aquí, tanto el análogo como el tópico comparten un concepto (circuito) que define en gran medida la función que realizan. Pero además de eso, poseen múltiples características similares.

Ejemplo: Analogía del sistema solar para explicar el modelo atómico de Rutherford y Bohr. Es una analogía pictórica que a través de la imagen que representa ofrece un parecido o semejanza de cómo funciona el modelo atómico. El Sistema Solar es un gran espacio vacío donde encontramos al sol que está en el centro y los planetas girando a su alrededor, sujetos por la gravedad, todos en el mismo plano, con sus órbitas formando un disco. Los átomos, infinitamente más pequeños, también tienen

mucho espacio vacío en la corteza, donde el núcleo está en el centro y los electrones girando a su alrededor sujetos por la atracción eléctrica con el núcleo, cada uno en su órbita pero formando una esfera.

En el presente caso, si bien la imagen del sistema solar permite un acercamiento funcional del átomo de Bohr, también tiene sus limitaciones. Así, en el sistema solar la carga eléctrica es irrelevante; lo que no sucede en el átomo de Bohr. En el sistema solar solo un planeta gira por órbita; mientras que en el átomo de Bohr varios electrones giran por órbita. En el sistema solar el giro de los planetas es en el mismo sentido; mientras que en el átomo de Bohr el giro de los electrones es aleatorio[368].

La analogía no es una comparación de términos, como la metáfora, sino de relaciones (A es a B lo que C es a D), de la cual la primera relación se ha de explicar por medio de la segunda, que es, se dice, mejor conocida. Por eso, el quid de la analogía es la captación de las proporciones y semejanzas.

La analogía en el Derecho

- Argumento *a simili* o *a pari*:

La analogía en el derecho comprende los argumentos *a simili* o *a pari* y *a fortiori* -aspecto que se verá *infra* más en detalle, en el ítem «argumentos y falacias».

Etimológicamente, el argumento por analogía, proviene del latín par (igual). Como refiere GARCÍA DAMBORENEA[369], esta figura ha recibido distintos nombres a lo largo de la historia: argumentos por comparación (*ex comparatione*), dado que comparan; argumentos analógicos porque lo hacen entre semejantes (análogos); argumentos del ejemplo (griego *paradeigma*, latín *ab exemplum*);

---

[368] Cfr. TEJERA, Carmelo *et al.*, «Ejemplificación del método de aprendizaje con analogías», en *XXIII encuentros de didáctica de las ciencias experimentales*, Almería, 9 al 12 de setiembre del 2008. Cfr. la siguiente página electrónica: http://www.23edce.com/wp-content/themes/.../descargarComunicacion2GET.php?

[369] Cfr. GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo, «Uso de razón. Argumentos», en http://www.usoderazon.com/

inducción oratoria (por caracterizar a los oradores); inducción retórica (porque busca la persuasión); inducción socrática (por emplearla el filósofo).

Como se ha señalado anteriormente, la analogía es un razonamiento basado en la comparación entre semejantes, y porque nos autoriza a probar un suceso particular a partir de otro particular (un ejemplo), apoyado en la semejanza que existe entre ambos, es que podemos ampliar el alcance de una regla, de una generalización, de una norma, de una ley, a los casos semejantes[370].

Por ejemplo[371]:

En este último ejemplo, vemos que históricamente una regla que estaba prevista para quien mata a sus padres, se extendió al caso no previsto de quien asesina a su hijo.

Veamos el siguiente ejemplo tomado del Tribunal Constitucional español:

- Argumento *a fortiori:*

Cuando se razona por analogía con un argumento *a pari*, lo que se hace es tomar en cuenta una semejanza, dando por supuesto que dicha semejanza es análoga en ambos casos porque son del mismo grado.

En cambio, en una analogía *a fortiori*, la relación entre ambos casos a comparar no corresponden al mismo grado, sino que se dan en una relación de mayor a menor (*argumentum a maiore ad minus*) o de menor a mayor (*argumentum a minore ad maius*).

De esta forma, tenemos los argumentos «*a maiore ad minus*», el que puede lo más puede lo menos; «*a minore ad maius*», quien no puede lo menos tampoco puede lo más; «*a contrario*», la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás.

Veamos los siguientes ejemplos:

Veamos el siguiente ejemplo donde se utiliza un argumento *a maiore ad minus*, a partir de un razonamiento sobre la decisión de

---

370 ID.
371 ID.

un menor de edad que se opone a que se realice una transfusión de sangre sobre su cuerpo, debido a razones de carácter religioso (testigo de Jehová), a propósito de la expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional español de fecha 18-07-2002[372]:

16.7. Los tópicos

El sistema tópico, como lo denomina Robert ALEXY[373] -aunque en realidad lo que menos caracteriza a la tópica es el ser un sistema-, «puede ser definido mediante cuatro características: i) orientación al problema, ii) ordenación de los *topoi* correspondientes a los problemas, iii) movimiento constante a través de, y iv) una argumentación racional».

La función de los tópicos, señala Theodor VIEHWEG, «*consiste en servir a una discusión de problemas*»[374]. Se sigue de ello su importancia, ha de ser muy especial en aquellos círculos de problemas en cuya naturaleza está no perder nunca su carácter problemático. Cuando se producen cambios de situaciones y en casos particulares, es preciso encontrar nuevos datos para intentar resolver los problemas. Los tópicos que intervienen con carácter auxiliar, reciben a su vez su sentido desde el problema. Su ordenación respecto de éste es siempre esencial para ellos. A la vista de cada problema aparecen como adecuados o inadecuados conforme a un entendimiento que no es nunca absolutamente inmodificable. Tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento».

La tópica, tal como era entendida por ARISTÓTELES y CICERÓN, se caracteriza como aquella técnica del pensamiento que está dirigida hacia el problema; es decir, «*la técnica del pensar problemático*». Es un razonamiento aporético que se configura como una reflexión que va en busca de premisas, teniendo como única instancia de control la discusión[375]. En otras palabras, por medio del ingenio, se busca

---

372 Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 549.

373 Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 41.

374 Cfr. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2007, p. 56.

375 Cfr. D'ACUNTO, Giuseppe, «La Tópica en Vico como método del razonamiento aporético», en *Cuadernos sobre Vico*, N° 21/22,2008, pp. 73-90 (76).

ver todas las posibilidades, todas las relaciones, que permitan conducir a un adecuado concepto de la cosa propuesta.

El pensar tópico surge a partir de reconocer que el juicio del legislador exteriorizado en las leyes, no está dirigido al caso particular, sino que concierne al futuro y a lo universal. Mientras que el juicio de un juez debe decidir sobre casos presentes y específicos. En ese sentido, para ARISTÓTELES, el ámbito que las leyes dejan estructuralmente indeciso, está constituido por una serie de 'cuestiones' que son el verdadero y propio objeto sobre el que versan la deliberaciones de los juicios. Se trata de problemas como: el haber ocurrido o no un hecho, el poderse dar o no en el futuro, el ser o no de un determinado modo. Es justamente cuando una controversia dialéctica suscita tal género de 'cuestiones' cuando es necesario dirigirse a los jueces, lo cuales ejercitan concretamente la justicia en el acto en que ellos, proceden a una rigurosa determinación de los hechos[376].

La tópica está unida estrechamente a la facultad sensible de la percepción, la experiencia.

La importancia de los tópicos jurídicos, señala PERELMAN, «*consiste en que suministran razones que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables, en la medida en que estas últimas descuidan las consideraciones que estos lugares permiten sintetizar y que se integran en una visión global del derecho como arsaequi et boni*»[377]. Por ejemplo, al reflexionar sobre la libertad, «se puede partir del lugar común (loci) de que la libertad es preferible a la esclavitud»[378].

PERELMAN afirma que STRUCK reúne un catálogo de sesenta y cuatro lugares comunes (tópicos), que «se encuentran en todas las ramas del Derecho y que dan su alcance real al razonamiento jurídico que no quiera limitarse a ser mera cita de textos. Algunos de estos *loci* afirman principios generales del Derecho, otros son máximas o adagios formulados en latín y otros, finalmente indican los valores fundamentales que el derecho protege y pone en práctica»[379]. Veamos algunos de ellos:

---

[376] Cfr. D'ACUNTO, Giuseppe, *op. cit.*, p. 74.
[377] Cfr. PERELMAN, Chaïm (1979), *op. cit.*, p. 119.
[378] *Ibidem*, p. 156.
[379] *Ibidem*, pp. 119-120.

- *Lex posterior derogat lex priori*: una ley posterior deroga una ley anterior.
- *Lex especiali derogat legi generali*: Una ley especial deroga a una ley general.
- *Res judicata pro veritate habetur*. la cosa juzgada debe ser reconocida como verdadera.
- *De minimus non curat praetor*: el pretor no se ocupa de las cosas de escasa importancia.
- *Ne ultra petita*: la condena no puede sobrepasar la demanda, lo mismo si se trata de un proceso civil que si es penal.
- *Et audiatur altera pars*: hay que oír también a la parte contraria (principio del derecho de defensa).
- *In dubio pro reo o in dubio pro libertate*: en la duda se debe decidir a favor del acusado o a favor de la libertad.
- *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet*: nadie puede transferir más derechos que los que él tiene.
- *Casum sentit dominus*: el propietario soporta el daño resultante del azar.
- *Quisquis praesumitur bonus*: se presume que todo el mundo es bueno (inocente).
- *Iura scripta vigilantibus*: las leyes han sido escritas para los que no son negligentes. La negligencia no puede constituir un motivo de excusa.
- *Favor legitimitatis*: el derecho favorece lo que es legítimo.
- Las excepciones son de interpretación estricta.
- No se puede ser Juez en una causa propia.
- El que ha incidido en culpa, debe soportar las consecuencias.
- El silencio no obliga a nada.
- Importa lo que ha sido querido y no lo que hubiera sido deseable: lo que es la voluntad manifestada, y no la intención que no lo fue.

- La confianza merece protección.
- El Derecho no debe ceder ante lo que es violación del derecho.
- Lo necesario está permitido. De este principio se sigue la siguiente:
- A lo imposible no está obligado nadie. Estos dos principios justifican los casos de fuerza mayor y de estado de necesidad. En estos dos casos no se trata de necesidad y de imposibilidades lógicas, sino de situaciones que derivan de la naturaleza de las cosas.
- No se admiten excepciones en casos desgraciados.
- La arbitrariedad está prohibida.
- Lo que es insoportable no puede ser de derecho. Hay que interpretar la ley de manera que sus consecuencias no sean insoportables.
- No se pueden admitir demandas que no tengan límites. No se admitirá ninguna acción de resarcimiento de daños que pueda reproducirse hasta el infinito.

Los principios antes mencionados han dado lugar a una serie de reglas que han permitido regular, sin duda, vastas extensiones del Derecho.

16.8. El debate y la argumentación

Tradicionalmente, entre los retóricos griegos se reconocía tres tipos de discurso[380].

CENTRO	AUDITORIO	CUESTIÓN	FINALIDAD
JUDICIAL	Jueces	Justo o injusto	Acusar o defender
DELIBERATIVO	Asamblea	Útil o nocivo	Aconsejar o desaconsejar
EPIDIPTICO	Público	Hermoso, ejemplar, siniestro	Elogiar o vituperar

[380] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 66.

Este es el esquema fundamental que construye ARISTÓTELES en su libro de retórica, donde señala que el fin es distinto para cada uno de los géneros de discurso: «*el que delibera tiene como fin lo provechoso y lo nocivo; los que juzgan tienen como fin lo justo y lo injusto, y las demás cosas las añaden estos a su vez accesoriamente a esto; los que elogian o censuran tienen como fin lo hermoso y lo feo, y las demás cosas las añaden también a esto*»[381].

En el siglo XX, con el desarrollo de la retórica, aparecen nuevas clasificaciones que tratan de mostrar los vínculos del diálogo con el debate en la vida social cotidiana, reconociendo diversos tipos de intercambios argumentativos[382].

Douglas WALTON describe y clasifica ocho tipos de diálogos, entre los que señala seis tipos básicos. Las diferencias entre sí por sus objetivos, la toma de tumos y el método de argumentación usado por los participantes para arribar conjuntamente a la meta, son estos[383]:

1	Persuasión	Conflictos de opiniones	Convencer a la otra parte	Resolver o clarificar el tema
2	Investigación	Carencia de prueba	Encontrar y verificar evidencia	Probar (desaprobar) la hipótesis
3	Búsqueda de Información	Necesidad de información	Adquirir o proporcionar información	Intercambiar información
4	Negociación	Conflictos de intereses	Maximizar la ganancia	Acordar y consensuar
5	Deliberación	Dilema o elección práctica	Coordinar metas y acciones	Decidir el mejor curso de acción
6	Erístico	Conflictos personales	Herir verbalmente al oponente	Revelar la base profunda del conflicto

Los componentes fundamentales del debate son tres: proponente o faustor, oponente o destinatario y tesis.

---

381 Cfr. ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 46.

382 Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 67.

383 Cfr. IHNEN, Constanza, «La acción falaz en la etapa de la argumentación y las actividades argumentativas institucionalizadas», en MARAFIOTI, Roberto, *De las falacias. Argumentación y Comunicación*, Biblos, Buenos Aires, 2008, p. 103.

- Etapas del debate

Sea cual sea el debate o diálogo argumentativo, éste se desarrolla en etapas, y cada etapa impone ciertas actividades a los participantes. Veamos el siguiente esquema[384]:

ETAPA DE APERTURA	ETAPA DE CONFRONTACIÓN	ETAPA DE ARGUMENTACIÓN	ETAPA DE CIERRE
Los participantes se ponen de acuerdo en tres cosas: la cuestión que se solucionará en el diálogo, el tipo de diálogo a desarrollar y las reglas que lo regulan.	Se determinan por un lado, el tema objeto del diálogo, y por otro las posturas que se sostienen respecto del mismo.	Surgen la obligación de colaborar en la consecución del objetivo del diálogo (la resolución de la controversia) y de hacer esfuerzos ciertos para lograr el objetivo particular de cada participante en el diálogo.	**Debe determinarse cuándo se considerará conseguido el objetivo del diálogo, o bien cómo hallar consenso entre los participantes para darlo por terminado cuando éste no se consiga.**

En el debate, la retórica no solo contribuye a la discusión crítica, sino que también proporciona técnicas que permiten al proponente y oponente, atacar y defenderse con eficacia y precisión. Pero lo interesante, y esto es lo que ha sido puesto de relieve por LAKOFF y JOHNSON, es que permite ver la argumentación como una guerra; aunque se trata de una lucha o batalla con palabras en vez de espadas, y por ello, de un ejercicio de sublimación y creación simbólica admirable.[385]

16.9. Argumentos y falacias[386]

En este acápite, veremos algunos argumentos y falacias o seudo argumentos que se utilizan en el Derecho; si bien la inten-

---

[384] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 70.

[385] Cfr. TRUJILLO AMAYA, Julián, «Nietzsche: retórica, metáfora y filosofía», en www.puj.edu.co/banners/NIETZSCHE.PDF, Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia.

[386] En este ítem se sigue fundamentalmente lo aportado por CANO JARAMILLO, Carlos, *Redacción y oralidad. Conflicto, argumentación y convivencia*», pp. 532-444.

ción no es tratar de identificar ambos conceptos, porque de hecho existen una serie de diferencias que distinguen una de otra, sin embargo, debemos admitir que en un debate, los contendientes utilizan ambas armas en forma indiscriminada, de tal forma que cada uno expone todo lo que de persuasivo hay en su posición confundiéndose a veces un argumento racional de un seudo argumento.

Por ejemplo, Douglas WALTON pone de relieve lo paradójico del argumento *ad hominem*. En efecto, la argumentación *ad hominem*, o argumento de ataque personal, ha sido tradicionalmente considerada una falacia lógica, pero los recientes estudios en argumentación política, vienen mostrando que en muchos casos -incluyendo los casos de argumentos *ad hominem* como se los utiliza en los argumentos de la conversación-, no son falaces. «La investigación ha mostrado que, mientras algunos argumentos de ataque personal pueden ser juzgados definitivamente falaces, muchos otros son bastante razonables (cuando se los evalúa en el contexto apropiado) y otros aún deberían ser evaluados como débiles (con apoyo insuficiente) pero no falaces. Como se muestra en este estudio de caso, la verdadera función de un argumento *ad hominem* (cuando se lo usas correctamente) es atacar la credibilidad de un adversario para criticar el argumento que defiende»[387].

Asimismo, MIRANDA ALONSO[388], ha precisado que la falacia *ad verecundiam* (apelar a la autoridad), no siempre es incorrecto, «es más, en algunas ocasiones puede ser una buena estrategia argumentativa intentar lograr convencer de lo que defendemos, haciendo ver cómo nuestra opinión en un determinado campo se basa en la de expertos reconocidos en esa parcela. Las tesis doctorales están llenas de citas de autoridades. Por tanto, el considerar un determinado argumento como falaz o no, depende de los contextos particulares en los que se realiza ese diálogo y de las intenciones de éste».

---

[387] Cfr. WALTON, Douglas, «Estudio del uso de *ad hominem* circunstancial en la argumentación política», en MARAFIOTI, Roberto, *De las falacias. Argumentación y comunicación*, Biblos, Buenos Aires, 2008, pp. 211-212.

[388] Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *El juego de la argumentación*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1995, p. 130.

Por ello, resulta más conveniente -no descartarlas de plano- sino entender las falacias como estrategias argumentativas que en determinados casos violan alguna o algunas de las reglas que hacen posible el diálogo argumentativo; y en ese sentido, siguiendo la posición pragma-dialéctica de WALTON, pensar «la falacia como una táctica particular de argumentación que puede ser usada correctamente en algunos casos para conseguir los fines legítimos de una discusión razonable, pero que en otros casos se usa como estrategia para evitar que se alcance la finalidad del diálogo y conseguir, así, imponerse de modo injusto al interlocutor»[389]. El antídoto a esta última posición (uso injusto) la proporciona el desarrollo de un pensamiento crítico: *Critical Thinking*, la misma que permite estudiar la lógica informal y detectar falacias.

- Argumento *ad ignorantiam*

A través de este argumento, el proponente defiende que un argumento es falso porque nadie ha conseguido probar su verdad; viceversa, que un enunciado es verdadero porque nadie ha probado que es falso.

Por ejemplo, quien pretende argumentar en favor de la existencia de Dios, podría afirmar[390]:

Aquí estamos ante un caso típico de argumento *ad ignorantiam.* Pero también pueden presentarse otras situaciones donde este argumento resulta ser razonable. Por ejemplo, «cuando un juez concluye su sentencia señalando: teniendo en cuenta que no se ha encontrado ninguna prueba -concluyente- que apoye la culpabilidad de X, este Tribunal lo declara inocente»[391]:

Como vemos, dependiendo del contexto en el que se utiliza el argumento *ad ignorantiam*, éste puede ser falaz o no. Para WALTON, lo falaz del argumento depende de los términos en que se establece la conclusión. Es decir, cuando ésta se introduce con términos «necesariamente», «definitivamente», u otros similares, entonces es posible que el argumento sea falaz; pero cuando en la conclusión se

---

389 Cit. por MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, p. 131.
390 Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, p. 134.
391 Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, p. 134.

emplean términos protectores, como «probablemente», «quizás», el argumento puede ser bueno o defectuoso, pero no falaz.

Desde este punto de vista, el siguiente esquema silogístico sería tomado como razonable:

En cambio, si cambiamos el término probablemente por necesariamente, entonces el argumento se convierte en falaz.

- Argumento circular

El argumento circular consiste en hacer una afirmación y defenderla presentando fundamentos que significan lo mismo que la aserción original.

Por ejemplo, si alguien dice que la goma se estira porque es elástica, está utilizando un argumento circular. Lo mismo podríamos decir si se afirma que una persona odia a la gente de otra raza porque es un racista[392].

Ante la pregunta «¿por qué sopla el viento a 300 kilómetros por hora?», la respuesta, ¿por qué es un huracán?, no sería una respuesta adecuada, solo se habría puesto un nombre a dicho fenómeno, pero no se habría dado una respuesta que permita explicar dicho fenómeno[393].

Vemos que un argumento de este tipo es defectuoso en la medida que no se cumple el fin del diálogo, que consiste en probar una tesis partiendo de premisas aceptadas por el interlocutor.

- Argumento *ad verecundiam* o argumento de autoridad

Este argumento *utiliza actos o juicios de una persona o grupo de personas como medio de prueba en favor de una tesis.*[394] Es decir, el proponente defiende una opinión sin presentar pruebas, tan solo apelando a las afirmaciones de alguna autoridad. Pero, como mencionamos anteriormente, no siempre este argumento resulta ser falaz; es razonable acudir a él, si se defiende una tesis científica, de tal

---

[392] Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, pp. 135-136.

[393] Lo real es que es un fenómeno tropical asociado a la humedad y al aire caliente producido por la condensación del vapor de agua, formando vientos muy fuertes.

[394] Cfr. PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS TYTECA, Lude, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989, p. 470.

forma que como apoyo podemos citar lo que dicen los expertos en la materia, vr. gr., lo que afirma EINSTEIN sobre la teoría de la relatividad, o HEISENBERG, sobre la teoría de la incertidumbre. Pero, sí sería censurable si citamos a un experto en un campo distinto al que estamos defendiendo.

Recordemos que en la edad media el argumento *ad verecundiam* tenía un gran poder de persuasión, pues se citaba a los clásicos griegos o a los santos padres de la Iglesia.

De esta forma, vemos que el argumento *ad verecundiam* no siempre constituye una falacia.

En el campo jurídico, usamos el argumento de autoridad cuando acudimos a la autoridad de la jurisprudencia, la doctrina, las ciencias o técnicas para respaldar nuestras conclusiones. Claro que hay que hacer un uso moderado y pertinente de este argumento, porque de lo contrario, podemos asumir posiciones acríticamente y llegar a perder nuestro propio criterio.

PERELMAN refiere que muchas veces, contrariando la libre investigación científica, el argumento de autoridad es utilizado de manera abusiva y perentoria como si las autoridades citadas fueran infalibles[395]. Además, limita la creatividad cuando directamente se acude a tal argumento, cuando lo correcto es primero pensar previamente, por cuenta propia, en el problema jurídico y sus tesis, para luego sacar las propias conclusiones y, entonces, confrontarlas con la doctrina y la jurisprudencia, y así sustentar nuestra posición de manera crítica[396].

Sin embargo, el argumento de autoridad es de suma importancia y no se puede desechar sin haberlo considerado. En el derecho es inevitable tener en cuenta la doctrina y los precedentes judiciales. Al respecto, PERELMAN refiere: «*En la búsqueda de la justicia, el mantenimiento de un orden equitativo y de la confianza social, no se pueden ignorar las consideraciones fundamentales en la existencia de una tradición jurídica que se manifiesta tanto en la doctrina como en la jurispru-*

---

[395] Cfr. PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 470.

[396] Cfr. CANO JARAMILLO, Carlos, *El texto jurídico. Redacción y Oralidad: Conflicto, argumentación y convivencia*, Semilla, a, *op. cit.*, p. 541.

dencia; para atestiguar la existencia de semejante tradición, es inevitable recurrir al argumento de autoridad. En cambio, cuando este recurso parece superfluo, nace fácilmente lo cómico en el argumento de autoridad»[397].

Veamos el siguiente ejemplo de LIPMANN[398] para ver en qué momento es relevante utilizar el principio de autoridad cuando argumentamos:

(Un grupo de alumnos están discutiendo sobre si «Dale» debería haberse puesto de pie durante el saludo a la bandera).

- Creo que «Dale» debe ser fiel a sus creencias porque... por eso dice mi hermana, y él sabrá.
- ¿Qué quieres decir con él sabrá, Jill?, ¿Es tu hermano abogado o juez o una autoridad de algún tipo?, -preguntó la Srta. Halsey.
- No, pero es muy listo -replicó Jill.
- Bien, lo siento, pero no sirve. Solo debería utilizar la opinión de otra persona en función de tu propio modo de ver si esta otra persona es una autoridad reconocida sobre el tema en cuestión.

En ese sentido, esta falacia viola las reglas de un diálogo equitativo cuando se apela a fuentes externas de prueba. Asimismo, se hace un uso abusivo de este argumento cuando se procede acríticamente, sin confrontarla con otras ideas. De acuerdo a WALTON, constituye una falacia «cuando el que usa un argumento de este tipo presiona con demasiada fuerza apelando a la autoridad e intenta suprimir las respuestas críticas de su interlocutor»[399].

- Argumentación irrelevante

Un argumento es irrelevante, cuando en una discusión crítica, una de las partes inserta sin autorización otro tema ajeno a la discusión, o intenta probar algo que tiene poco que ver con el asunto que se está tratando. Los fallos de relevancia se pueden presentar en los

---

[397] Cfr. PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS TYTECA, Lucie, *op. cit.*, pp. 471.
[398] Cfr. LIPMANN, *El descubrimiento de Harry. Proyecto Didáctico Quirón*, 2ª ed., Ediciones de La Torre, Madrid, 1989, p. 64.
[399] Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, p. 137.

siguientes tipos de argumentos, entre otros: argumento «ad hominem», argumento *ad verecundiam*, argumento *ad baculum*, argumento *ad populum* y argumento *ex populo*[400].

• **Argumento *ad hominem***

El argumento personal, señala PERELMAN, dirige su ataque contra la persona del adversario y tiende, principalmente, a descalificarlo[401], es decir, dirige la atención hacia la persona antes que a los argumentos.

Se acude a este argumento cuando al valorar un testimonio tenemos en cuenta la personalidad y actitudes del declarante, antes que sus razones. La seriedad de una tesis, de una demostración, no puede debilitarse por la posición social, la religión, la nacionalidad, la concepción de la vida de una persona; por ello se afirma que este argumento mal utilizado termina por descalificar al atacante[402].

LIPMAN[403] define este argumento de la siguiente manera: «*Cuando nos enzarzamos en una discusión con otra persona, se espera que los participantes se centren en el tema de la discusión y no se ataquen mutuamente. Tratar de refutar los argumentos del oponente lanzando agravios a sus antepasados o ridiculizando sus rasgos faciales o su medio de vida, es por tanto, una falacia*».

Ahora, como afirma MIRANDA ALONSO[404], cuando el ataque se hace directamente a la persona que hace la afirmación, basándose en su falta de credibilidad, su carácter, su baja condición moral, su religión o sus ideas políticas, se trata de un argumento *ad hominem* ofensivo. Este tipo de argumentos se suele emplear con frecuencia en mítines políticos previos a las elecciones:

> *Las soluciones económicas que propone el Sr. X no son aceptables. ¿Cómo podrían serlo, proviniendo del líder de un partido de idiotas?*

Los argumentos de este tipo suelen violar con frecuencia las reglas del diálogo referidas a la relevancia.

---

400 Cit. porcl42.
401 Cfr. PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 186.
402 Cfr. CANO JARAMILLO, Carlos, *op. cit.*, p. 538.
403 Cit. por MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, p. 138.
404 *Ibidem*, p. 138.

Sin embargo, precisa MIRANDA ALONSO[405], hay argumentos *ad hominem* que son más o menos débiles, pero que no constituyen falacias. Por ejemplo:

> *Papá, ¿cómo me dices que no debo fumar, que es malo para la salud, siendo tú fumador?*
>
> *Doctor, usted no puede decir que con mi problema respiratorio no debo fumar. Yo sé que usted tiene el mismo problema que yo y, sin embargo, fuma.*

Estos argumentos son muestras de una forma de ataque que se llama «tu quoque» (tú también), pues en ellos se pone de manifiesto la incongruencia que existe entre lo que el médico y el padre dicen y hacen. No siempre estos argumentos son falaces. En el ejemplo del médico, éste podría contestar, con toda razón: «Sí, pero quien ha venido al médico ha sido usted, no yo».

- Argumentos que apelan a los sentimientos

En este tipo de argumentos, el proponente intenta persuadir, no por medio de buenas razones, sino utilizando los sentimientos de miedo, compasión o solidaridad de grupo del oponente o interlocutor; tal es el caso de los argumentos *ad baculum, ad populum, ad misericordiam,* entre otros.

• **Argumento *ad baculum***

Este tipo de argumentos utiliza amenazas para hacer que el interlocutor u oponente acepte una determinada opinión o punto de vista. Es claro que forzar al adversario dialéctico a aceptar una proposición por miedo es contrario a los fines del diálogo basado en razones[406].

En ese sentido, se dice que el argumento *ad baculum* es una falacia cuando la amenaza no deja libertad a la otra parte para decidir libremente si acepta o no la conclusión. En cambio, si ello no ocurre, el argumento podrá ser criticado como defectuoso o poco razonable, pero no como falaz. Sigamos con el ejemplo anterior de

---

[405] Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, p. 139.
[406] Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, p. 143.

LIPMAN[407]: Bill para defender que Dale había tenido que ponerse de pie durante el saludo a la bandera, argumenta que si a la gente se le permite hacer lo que quiera, entonces puede sobrevenir una serie de catástrofes no deseadas. A ello, la profesora le hace ver que a menos que justifique que existe una relación entre una cosa y otra, su argumento es irrelevante:

- Creo que Dale debería ponerse de pie durante el saludo, como todos -dijo Milly.
- ¿Por qué?,-preguntó la señorita Halsey...
- Yo le digo por qué -declaró Bill Beck-:

  El país está desmoralizado. Están sucediendo toda clase de desórdenes. Es como un barril de pólvora: una pequeña chispa y todo puede estallar. Por eso, no creo que podamos permitir que la gente vaya por ahí haciendo lo que le dé la gana.

  La señorita Halsey no contestó inmediatamente. Obviamente, tenía que considerar detenidamente las observaciones de Bill. Al fin dijo:

- Bill, al principio creí que tenías un argumento bastante bueno a favor de tu opinión. Pero cuanto más lo pienso, más me convenzo de que no. Porque en realidad, Bill, tú no tratas de **convencemos**; tú tratas de **asustamos** para que estemos de acuerdo contigo. Primero dices que estás alarmado por la situación mundial, y luego dices que por tanto habría que obligar a Dale a ponerse de pie. Pero de lo uno no se sigue lo otro. No lo has probado. No has demostrado que todo estallaría si Dale no se pone de pie durante el saludo.

MIRANDA ALONSO[408] nos recuerda que en los discursos políticos -sobre todo en elecciones-, es frecuente recurrir a asustar a los ciudadanos, anunciándoles calamidades si no votan al que les está hablando, o si votan negativamente. Pero lo que no pruebas es que una cosa se siga de la otra. Un ejemplo típico es el que refirió el ex candidato presidencial Alejandro Toledo, para la primera vuelta de las elecciones presidenciales del 2011, al decir que votar por Ollanta

[407] Cfr. LIPMANN, *El descubrimiento de Harry*, p. 63.
[408] Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, p. 143.

Humala era «*dar un salto al vacío*». Estas palabras lo dijo dentro de un contexto en que Ollanta experimentaba una saludable metamorfosis de un lenguaje radical a un lenguaje moderado y concertador.

De otro lado, es de precisar que en algunos casos si es razonable intentar convencer al interlocutor un oponente, utilizando cierto tipo de amenazas. Tal sería el caso de las autoridades que para convencer a los conductores de no sobrepasar los límites de velocidad establecidos, y después de haber acudido a otro tipo de razones, les recuerda las multas que tendrán que pagar por cometer esta infracción[409].

• **Argumento *ad populum***

Este argumento apela al pueblo, es decir, trata de explotar los sentimientos populares como el patriotismo, la familia y otros valores, aunque haya que trastocarlos. En ese sentido, algunas veces los procesos se mueven en contextos no jurídicos, sino políticos, donde hay presiones de grupos sociales o de los medios de comunicación. Como afirma CANO JARAMILLO[410], «se traslada la labor de los abogados de acusación o de defensa a los escenarios públicos, la radio, la televisión, el internet».

Su esquema lógico es el siguiente:

Todo el mundo admite «p» como verdadero o correcto. Luego «p» es verdadero o correcto.

Todo el mundo admite que «p» es falso o incorrecto. Luego «p» es falso o incorrecto.

• **Argumento *ad misericordiam***

Este argumento acude a la misericordia o al sentimiento, a la parte emotiva del ser humano. En realidad, como afirma CANO JARAMILLO[411], todo argumento por racional que sea no deja de estar presente lo emocional, tanto en la exposición del mismo como en la aceptación afectiva que de él realiza el auditorio. El argumento es eficaz cuando se acepta racionalmente, aunque la

---

409 Cfr. MIRANDA ALONSO, Tomás, *op. cit.*, p. 144.
410 Cfr. CANO JARAMILLO, Carlos, *op. cit.*, p. 538.
411 Cfr. CANO JARAMILLO, Carlos, *op. cit.*, p. 542.

parte emotiva puede intervenir en la aceptación, pues entra a participar lo afectivo.

En este argumento se trata de estimular la lástima, la compasión ajena o la piedad. Se vincula con la empatía, porque el orador invita a la participación afectiva en una realidad ajena; por ejemplo, el defensor de un ladrón que pertenece a una organización criminal, que ante la evidente sentencia de una pena efectiva de prisión, invoca la angustiosa orfandad en que quedaría su numerosa prole.

- **Argumento analógico**

La analogía permite establecer una hipótesis basada en semejanzas. Pero también permite descartar o excluir supuestos estableciendo diferencias y distinciones. Es aquí donde encontramos los argumentos *a simili*, *a fortiori* y *a contrario*.

Históricamente, en virtud del argumento *a simili*, señala PERELMAN[412], «se considera como justa una decisión que es conforme con la regla de justicia que exige un trato igual para casos esencialmente parecidos. Así, el Juez consciente de su responsabilidad, al tratar de justificar su decisión, solo se siente seguro cuando la inserta en un conjunto de decisiones que él prolonga y completa, dentro de un orden jurídico formado por los precedentes y, en su caso, por el legislador».

Por su parte, el argumento *a fortiori* «no se apoya sobre la semejanza del caso sometido al Tribunal con un precedente apropiado, sino sobre la *ratio decidendi* o razón alegada para resolver el caso anterior de una manera determinada. El argumento *a fortiori* pretende que la razón alegada en favor de una conducta o de una regla en un caso determinado se impone con una fuerza mayor todavía en el caso actual»[413]. De esta forma, «cuando se inserta el argumento *a fortiori* en un orden jurídico, permite guiar al juez y justificar su decisión»[414].

---

[412] Cfr. PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, pp. 17-18.
[413] *Ibidem*, p. 18.
[414] *Ibidem*, p. 18.

Por último, en el caso de los argumentos *a contrario*, aplicable, al igual que al argumento *a simili*, a las reglas y a los precedentes, funciona de la siguiente manera: «cuando se trata de una regla, el argumento afirma la aplicación o no aplicación a otros supuestos de hecho del mismo género, de lo que ha sido afirmado para un supuesto de hecho particular. Si una ley preceptúa o establece disposiciones relativas a los hijos herederos, en virtud del argumento *a simili* se les aplicará igualmente a las hijas, mientras que en virtud del argumento *a contrario* se afirmará que estas disposiciones no se aplican a las personas del sexo femenino»[415].

Cuando se aplica al precedente, «por medio del argumento *a simili* se considerará que el caso actual es suficientemente parecido para que se aplique la *ratio decidendi* del caso anterior. Si esta aplicación aparece injustificada, en virtud del argumento a contrario se descartará la regla admitida para juzgar el caso anterior»[416]. Por ejemplo, si se ha condenado a la pena de muerte a un hombre que ha asesinado con premeditación a un inocente, ¿se justifica aplicar esta misma regla a un sujeto que dio muerte a otro en legítima defensa, o a un muchacho de diez años que mató a otro pequeño de su misma edad? «Al rechazarse la asimilación del crimen de la legítima defensa o del muchacho, con el del adulto, se introduce una distinción, que impide la aplicación del argumento *a simili* en el caso actual»[417].

- **Los argumentos por el nexo causal**

En el derecho, es común que los abogados en sus escritos de defensa, los fiscales en sus dictámenes y, los jueces en sus autos y sentencias, utilicen el nexo causal. La causa es el antecedente necesario e invariable de un efecto. Así, por ejemplo, nadie puede ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión[418].

---

[415] *Ibidem*, p. 19.
[416] Cfr. PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 19.
[417] *Ibidem*, p. 19.
[418] Cfr. CANO JARAMILLO, Carlos, *op. cit.*, p. 542.

Perelman[419] observa sobre este punto que se presentan argumentaciones de tres tipos:

a) «Las que tienden a aproximar, de modo recíproco, dos acontecimientos sucesivos dados, por medio de un nexo causal.

b) Las que, dado un acontecimiento, tratan de descubrir la existencia de una causa que haya podido determinarlo.

c) Las que, ocurrido un acontecimiento, procuran evidenciar el efecto que debe resultar de ello».

En la jurisprudencia se presenta, por ejemplo, cuando se configura un hecho punible, en los que se vincula una acción u omisión, dolosa o culposa, con un resultado; cuando se averigua la existencia del móvil que ha determinado una conducta; o cuando se averigua por los efectos producidos por un acto o hecho que genera consecuencias, como lo son el incumplimiento de las cláusulas de un contrato o los efectos producidos por una culpa, etc.[420].

En la investigación criminal, el fiscal se esforzará por identificar o individualizar a los responsables, en un delito cometido sin testigos ni pistas reveladoras, para lo cual «orientará las investigaciones hacia los que tuvieran interés en la muerte de la víctima y los que, por otra parte, hubieran podido cometer el crimen»[421]. Una acusación, debe mostrar a la vez las circunstancias, cuándo, dónde, cómo y el porqué del acto delictivo. La argumentación por la causa supone que los actos son razonables y que difícilmente se admitirá que alguien haya actuado de cierta manera, si el acusado no explica las razones del comportamiento alegado[422].

Ahora, precisar que cuando causa y efecto no se relacionan se incurre en falacia. Del mismo modo, quien actúa sin dar las razones de su actuar, corre el riesgo de que sus argumentos parezcan poco probables, no aceptables.

---

[419] Cfr. Perelman, Chaïm y Olbrechts Tyteca, Lucie, *op. cit.*, p. 405.
[420] Cfr. Cano Jaramillo, Carlos, *op. cit.*, p. 540.
[421] *Ibidem*, p. 540.
[422] *Ibidem.*

• **El argumento pragmático**

PERELMAN[423] denomina argumento pragmático a «aquel que permite apreciar un acto o acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables».

Este argumento se usa cuando se destacan los efectos negativos si no se toma determinada decisión. Es decir, para apreciar un acontecimiento, es preciso remitirse a los efectos. Cuando vamos a decidir o a actuar, podemos preguntar, ¿Qué consecuencias puede acarrear esta acción? ¿Traerá bienestar o malestar? En el derecho se usa cuando se impone una sanción para prevenir que se cometan conductas indeseables[424].

En la tarea de administrar justicia, indudablemente, siempre se están apreciando los actos, las conductas realizadas por los hombres, junto con sus reales consecuencias, negativas o positivas, pues son fundamentales al momento de definir responsabilidades[425].

• **Argumento mediante ejemplos**

En estos argumentos se ofrecen uno o más ejemplos específicos en apoyo de una generalización. WESTON[426] nos ofrece la siguiente muestra, en la cual se hace una generalización a partir de tres ejemplos.

> *«En épocas pasadas, las mujeres se casaban muy jóvenes. Julieta, en Romeo y Julieta de Shakespeare, aún no tenía catorce años. En la Edad Media, la edad normal del matrimonio para las jóvenes judías era de trece años. Y durante el Imperio Romano muchas mujeres romanas contraían matrimonio a los trece años, o incluso más jóvenes».*

En sentido similar, PERELMAN[427] nos proporciona la siguiente generalización a partir de cuatro ejemplos:

> *«[Todos los pueblos honran a los sabios] por ejemplo: los parianos han honrado a Arquíloco, pese a sus difamaciones, y los quiotas a*

---

[423] Cfr. PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS TYTECA, Lucie, *op. cit.*, p. 409.
[424] Cfr. CANO JARAMILLO, *op. cit.*, p. 540.
[425] *Ibidem.*
[426] Cfr. WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, 10ª ed., Ariel, Barcelona, 2005, p. 33.
[427] Cfr. PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS TYTECA, Lucie, *op. cit.*, p. 542.

Homero, aunque no era ciudadano suyo, y los de Mitilene a Safo, aun cuando era una mujer, y los lecedemonios a Quilón (...) aunque no tuvieron mucha afición por las letras (...)».

Como bien señala CANO JARAMILLO[428], para argumentar mediante ejemplos, estos deben ser ciertos y representativos para que sirvan a la generalización. Además, debe comprobarse si hay contraejemplos, porque si los hay debemos revisar la generalización.

Muchas veces utilizamos un solo ejemplo para ilustrar lo que queremos afirmar; sin embargo, ese solo ejemplo de ningún modo puede servir como apoyo para establecer una generalización. Así[429]:

«El derecho de las mujeres a votar fue ganado solo después de una lucha. Por lo tanto: Todos los derechos de las mujeres son ganados solo después de una lucha».

Pero, si utilizamos varios ejemplos para apoyar la misma generalización, entonces ésta resulta más probable[430]*:*

«El derecho de las mujeres a votar fue ganado solo después de una lucha.

El derecho de las mujeres a asistir a los colegios secundarios y a la universidad fue ganado solo después de una lucha.

El derecho de la mujer a la igualdad de oportunidades en el trabajo está siendo ganado solo con la lucha.

Por lo tanto: Todos los derechos de las mujeres son ganados solo después de luchar».

En este caso, el argumento de que los derechos de las mujeres siempre han necesitado luchas debe examinar todos, o casi todos, los derechos importantes. Como bien afirma WESTON, las generalizaciones acerca de grandes conjuntos de casos requieren la selección de una muestra. Usualmente, los conjuntos grandes requieren más ejemplos[431].

---

[428] Cfr. CANO JARAMILLO, *op. cit.*, p. 543.
[429] Cfr. WESTON, Anthony, *op. cit.*, p. 33.
[430] ID.
[431] *Ibidem*, p. 34.

- Contraejemplos:

Veamos el siguiente caso[432]:

«Las guerras son causadas por el deseo de dominación territorial.

La guerra del Peloponeso fue causada por el deseo de Atenas de dominar Grecia.

Las guerras napoleónicas fueron causadas por el deseo de Napoleón de dominar Europa.

Las dos guerras mundiales fueron causadas por el deseo de los fascistas de dominar Europa».

Esta afirmación podría ser correcta, pero en general, se puede decir que es muy amplia. ¿Podría haber contraejemplos? En efecto, hay contraejemplos: las revoluciones, por ejemplo, tienen causas totalmente diferentes. Lo mismo vale para las guerras civiles.

Ahora, se puede hacer menos amplia esta generalización y cambiar la conclusión por la siguiente[433]:

«Las guerras entre Estados independientes son causadas por el deseo de dominación territorial».

16.10. El modelo de Toulmin

El enfoque de TOULMIN es fundamentalmente lógico, pues, está interesado en los argumentos en tanto mecanismos justificatorios, no en la argumentación como mecanismo persuasivo; sin embargo, su éxito se debe a la gran funcionalidad al momento de dar cuenta de fenómenos argumentativos reales, tal como éstos surgen, es decir, como actividades comunicativas[434]. Como afirma URETA[435], TOULMIN «desarrolló un modelo para poder construir y evaluar argumentos, conocido como Modelo de Toulmin, que busca superar las limitaciones del análisis lógico, mostrando la relevancia de la evidencia que se ofrece en el argumento, los fundamentos que lo respaldan, la relación entre la evidencia y lo que se pide, así como las refutaciones posibles del argumento».

Para TOULMIN, «los argumentos surgen normalmente como intentos de responder al cuestionamiento de nuestras afirmaciones.

---

[432] Cfr. WESTON, Anthony, *op. cit.*, p. 43.
[433] ID.,p. 44.
[434] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 25.
[435] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 126.

Un argumento es un intento de establecer (el calificador) que le corresponde a una afirmación a través de una razón. Desde esta perspectiva, todo argumento, según el modelo de TOULMIN, estaría compuesto de una afirmación (*claim*) y de las razones (*ground, data*), aducidas para apoyar esa afirmación»[436].

- El diagrama de un argumento

URETA[437] nos gráfica las partes de un argumento de acuerdo al Modelo de Toulmin de la siguiente manera:

De esta forma, TOULMIN construye su diagrama de un argumento en base a seis elementos:

- La conclusión,
- La base,
- La garantía,
- El respaldo,
- El calificador,
- Las refutaciones.

De acuerdo a los elementos antes mencionados, el modelo se lee de la siguiente forma: «Dada nuestra experiencia general del campo en cuestión (apoyo), y de acuerdo con las reglas o principios resultantes de tal experiencia (garantía), utilizando los siguientes hechos específicos (datos), de una forma cualificada (cualificador modal), se permite concluir lo siguiente (conclusión o pretensión), a menos que exista una específica condición de refutación (excepciones)»[438].

En el presente cuadro, se presenta los elementos del Modelo de Toulmin en la terminología de este autor en inglés, las traducciones de Gutiérrez y de Rodríguez Bello, así como términos afines, dada la variedad de vocablos con las que se ha traducido[439].

---

[436] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 116.

[437] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 127.

[438] Cfr. SANTIBAÑEZ, Cristian, «Metáforas y argumentación: lugar y función de las metáforas conceptuales en la actividad argumentativa», en *Revista Signos*, vol. 42, N° 70, Valparaíso, 2009, pp. 245-269.

[439] Cfr. RODRÍGUEZ BELLO, Luisa, «El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación», en *Revista Digital Universitaria*, N° 1, vol. 5, Caracas, 21 de enero del 2004, pp. 1-18 (6). Link: http:// www.revista.unam.mx/ vol.5/numl/ art2/ ene_art2.pdf

Claim	Pretensión	Aserción	Conclusión Tesis Aseveración Proposición Asunto Causa Demanda Hipótesis
Data (Toulmin,1958) Grounds (Toulmin, Rieke y Janik, 1984)	Bases	Datos	Fundamento Argumento Evidencia Soporte Base
Warrants	Justificación	Garantía	
Backin	Respaldo	Respaldo	Apoyo
Modal qualifiers	Modalidad	Cualificadores Modales	Modalidad Matización
Rebuttals	Posibles Refutaciones	Reserva	Refutaciones Reserva Objeciones Excepciones Salvedad Limitaciones

De esta forma, a partir de una evidencia (datos) se formula una aserción (proposición). Una garantía conecta los datos con la aserción y se ofrece su cimiento teórico, práctico o experimental: el respaldo. Los cualificadores modales (ciertamente, posiblemente, sin duda) indican el modo en que se interpreta la aserción como verdadera, contingente o probable. Finalmente, se consideran sus posibles reservas u objeciones[440].

Juan URETA[441] señala que «el esquema trata de mostrar que todo argumento tiene una conclusión o pretensión y ésta debe estar apo-

[440] Cfr. RODRÍGUEZ BELLO, Luisa, *op. cit.*
[441] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 127.

yada en evidencia (datos), pero para que esta evidencia tenga la capacidad de apoyar realmente a la conclusión o pretensión debe ser usada conforme a ciertas garantías o justificaciones. Estas justificaciones, en ciertas ocasiones, pueden necesitar de un respaldo que autorice su uso. El argumento también debe tener en cuenta las refutaciones posibles y el argumentador debe mostrar cuál es su evaluación del peso que tienen todos los elementos aportados para apoyar a la conclusión».

Según BERMEJO LUQUE[442], «los garantes, al igual que las razones y las afirmaciones, y los calificadores, son constitutivos de los **argumentos, al punto que no puede haber argumentos sin estos elementos».**

- Elementos del Modelo del Toulmin:

- Aserción, pretensión o conclusión *(Claim)*

«Es la tesis que se va a defender, el asunto a debatir, a demostrar o a sostener en forma oral o escrita. Expresa la conclusión a la que se quiere arribar con la argumentación, el punto de vista que la persona quiere mantener, la proposición que se aspira que otro acepte»[443]. «Cuando nos piden emprender una discusión, hay siempre algún destino al que nos invitan llegar, y el primer paso en el análisis y crítica del argumento es cerciorarse de cuál es el carácter exacto de ese destino (José Luis Pillaca merece 12 años de cárcel)»[444].

- **Bases, evidencia o datos (*Ground, data)***

«Una aserción sostiene el punto de vista que un investigador trata de defender sobre un tema específico. La razón por la cual ella se mantiene está en la evidencia, constituida por los datos o hechos de un caso»[445]. En otras palabras, una vez «clarificada la pretensión o demanda, debemos considerar qué tipo de fundamentos subyacentes requiere una pretensión de esta clase particular para ser aceptada como sólida y confiable (testigos, pericias, documentos, etc.)»[446].

---

[442] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 116.
[443] Cfr. RODRÍGUEZ BELLO, Luisa, *op. cit.*
[444] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 128.
[445] Cfr. RODRÍGUEZ BELLO, Luisa, *op. cit.*
[446] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 128.

En este caso, refiere RODRÍGUEZ BELLO[447], «la evidencia está formada por hechos o condiciones que son observables. Puede ser una creencia o una premisa (conclusión) aceptada como verdadera dentro de una comunidad, mas no una opinión. Es la mayor fuente de credibilidad y deriva también del juicio de expertos, autoridades, celebridades, etc. Es el argumento que se ofrece para soportar la aserción (premisa o tesis). Es la prueba».

- **Garantías o justificaciones**

«También entendidas como 'autorizaciones': tener en claro en qué evidencias se funda una demanda es, sin embargo, solamente el primer paso para tener certeza sobre la solidez y confiabilidad del argumento. Debemos comprobar después si estas bases realmente proporcionan la ayuda genuina para volver aceptable esta pretensión particular. Se toma como justificaciones normas que dan valor a ciertas pruebas, reglas técnicas que permiten confiar en ciertos resultados»[448]. «Toulmin define los garantes como reglas, principios, licencias para inferir, o cualesquiera enunciados generales, hipotéticos. Los garantes no son ningún tipo de premisa; son la forma explícita del paso inferencial involucrado al derivar una conclusión-afirmación a partir de una razón. En ese sentido, cuando se utilizan en un argumento, siempre se apela a ellos de manera implícita. Su carácter de regla y el ser explícitos serían dos rasgos que servirían para distinguir a los garantes de las razones»[449].

- **Respaldo**

«Muchas veces no se puede confiar plenamente en la justificación. Una vez que sepamos qué regla o ley, fórmula o principio se está utilizando en el debate, éstas pueden ser cuestionadas y requerir de refuerzos»[450]. Por eso, «los respaldos se definen como otras garantías que permanecen detrás de nuestros garantes para mostrar su legitimidad. Son la forma en que el hablante da respuesta a un cuestionamiento sobre la aceptabilidad de los garantes. Son afirmaciones categóricas, que sirven para justificar la legitimidad del garante»[451].

---

[447] Cfr. RODRÍGUEZ BELLO, Luisa, *op. cit.*
[448] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 128.
[449] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 117.
[450] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 128.
[451] Cfr. BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 117.

En suma, el respaldo aporta más ejemplos, hechos y datos que ayudan a probar la posición que se defiende. Es importante porque da credibilidad al argumento y al autor.

- **Cualificador modal**

TOULMIN define los cualificadores modales «como una referencia explícita al grado de fuerza que nuestras razones confieren a nuestra afirmación en virtud de nuestro garante»[452]. Es decir, alude al grado de certeza con la cual se sostienen los argumentos, «grado y fuerza de la aserción, de ahí que se hable de conclusiones probables, posibles o presumibles[453]. Se expresan a través de adverbios que modifican al verbo en la aserción que se discute. Algunos modificadores modales son[454]:

- Necesariamente,
- con toda probabilidad,
- muy probablemente,
- tal vez,
- resulta plausible que,
- en puridad de verdad,
- indudablemente,
- toda la evidencia indicaría,
- muy posiblemente,
- aparentemente,
- así parece,
- indiscutiblemente.

- **Reserva o refutaciones**

Los refutadores, afirma TOULMIN, «son circunstancias en las cuales la autoridad general del garante habría de dejarse a un lado»[455]. Esto implica que hay que anticiparse a las objeciones que la otra parte pueda formular, contemplando excepciones, refutaciones, para de esta forma fortalecer la pretensión a través de sus debilidades.

---

[452] Cit. por BERMEJO LUQUE, Lilian, *op. cit.*, p. 118.
[453] Cfr. RODRÍGUEZ BELLO, Luisa, *op. cit.*
[454] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 133.
[455] Cit. por BERMEJO LUQUE,Lilian, *op. cit.*, p. 119.

- Sistema de preguntas URETA[456], señala que «el análisis que se desarrolla con este modelo se orienta mediante la realización de ciertas preguntas guías, las cuales se muestra a continuación»:

ELEMENTO	FUNCIÓN	PREGUNTAS GUÍAS
Pretensión (aseveración, tesis)	En la tesis del argumento: el destino a que queremos llegar. Es necesario estar seguro del carácter preciso de ese objetivo. En la práctica encontramos argumentos con varias pretensiones o ambiguas.	-¿Cuál es exactamente la pretensión o tesis que propone?- ¿Qué pretensión busca que respaldemos como resultado del argumento?-¿A dónde intenta llegar con la argumentación?
Bases, Datos	Son los tipos de fundamentos subyacentes que son requeridos si intenta que una pretensión del tipo particular sea aceptada como sólida y confiable. Pruebas empíricas, contrastables, predicciones comprobadas o comprobables.	-¿De qué información se dispone? ¿Sobre qué base se sostiene la pretensión? -¿Dónde debemos comenzar si queremos conocer la conveniencia de dar el paso que se propone, y por lo tanto, lleguemos a estar de acuerdo con su pretensión? -¿Cuál es la información desde conde parte la tesis?
Justificación, garantía	Una garantía es una regla general, una licencia que permite ir de un caso dado a una conclusiónLa garantía, deriva de un 'apoyo' o 'respaldo', que es la base empírica (código legal, teoría científica, estudio estadístico, costumbre arraigada, etc.), desde donde surge la garantía. Lo importante de estas funciones. Es el derecho, la idea, máxima, pen-	Dado el punto inicial, ¿cómo justificamos el paso de estas bases hasta esta pretensión? -¿Qué camino debes tomar para ir desde este punto inicial hasta este destino? -¿Qué estamos garantizando con las bases que hemos entregado para sostener una determinada tesis o pretensión?

[456] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, pp. 134-136.

	samiento, que pretendemos garantizar o asegurar con la garantía.	
Respaldos (apoyo)	Las justificaciones que recurren a argumentos autorizados en diversos campos del razonamiento requieren distintos tipos de respaldo: los estatutos legales deben estar validados legislativamente; las leyes científicas deben estar cuidadosamente verificadas; etc. Aparte de hechos particulares que sirven como base en cualquier argumento dado, necesitamos ubicar, por lo tanto, el cuerpo general de información, o respaldo, que presupone la justificación a la que se apela en el argumento. La función de apoyo algo recuerda al tekmerion, es decir, la categoría que nos remite a los fundamentos, razones o base empírica para una opinión, creencia, tesis, etc.	-¿Se trata realmente de un paso seguro?-¿Por qué? ¿Con qué información respaldaremos nuestra tesis?
Calificadores modales	No todos los argumentos sostienen sus pretensiones o conclusiones con el mismo grado de certeza.Algunas justificaciones nos llevan invariablemente a la conclusión requerida, otras lo hacen frecuentemente, pero no con el cien por ciento de	-¿Con cuánta certeza esta justificación da solidez al paso desde las bases hasta la pretensión?-¿Garantiza absolutamente este paso?-

	confianza. Otras lo hacen solo condicionalmente o con significativos matices 'generalmente', 'posiblemente', 'en condiciones ideales', etc.	¿La sostiene solo con ciertos matices?-¿O nos da, al menos, la base para una apuesta más o menos riesgosa?
Refutaciones	Solo podremos entender plenamente los méritos racionales de los argumentos en cuestión, solo si somos capaces de reconocer bajo qué circunstancias (raras, pero posibles) no se podría confiar en ellos.	-¿Qué tipo de factores o condiciones podrían sacamos del camino?-¿Qué posibles elementos podrían desvirtuar este argumento?-¿Qué asumimos implícitamente cuando confiamos en este paso?

Ejemplo:

Se ha escogido un ejemplo del Tribunal Constitucional, que no solo permite desarrollar el Modelo del Toulmin, sino que además permite develar las deficiencias que posee el argumento expuesto por el máximo intérprete de la Constitución:

Ejemplo 1: Tribunal Constitucional, Exp. N° 4053-2007-PHC/TC, Asunto: Alfredo Jalilie Awapara

El Tribunal Constitucional señala: «En el presente caso, como es de verse del texto de la resolución suprema publicada en el Diario Oficial, fue expedida por el Presidente de la República y contó con refrendo ministerial. Asimismo, tal como consta de las copias de las actas del procedimiento llevado a cabo en el Ministerio de Justicia (a fojas 94 y siguientes de autos), el plazo de la instrucción se había excedido en más del doble, por lo que puede afirmase que la misma reúne los requisitos formalmente establecidos (F.J.29).

Es de señalarse, además, que es de público conocimiento que el procesado padece de cáncer en uno de sus ojos, motivo que, a juicio de este colegiado, considerando la gravedad de la enfermedad, coloca al procesado en una situación distinta de los demás co-procesados, y en tal sentido se configura como un caso en el que se justifica

la extinción de la acción penal que conlleva la gracia, sin sacrificar los fines de la pena constitucionalmente reconocidos. Cabe señalar, además, que la grave enfermedad que sufre el recurrente suele ser un motivo usualmente empleado para la concesión del derecho de gracia presidencial, tal como se advierte del texto de otras gracias presidenciales concedidas (Resoluciones Supremas N° 001-2006- JUS, 160-2006-JUS, 206-2007-JUS, 191-2005-JUS, 172-2005-JUS, 051- 205-JUS), por lo que tampoco se ve vulnerado el principio de igualdad, en tanto se trata de situaciones excepcionalísimas que no constituyen un trato desigual discriminatorio respecto de otros procesados (F.J.30).

Si bien se advierte que la resolución suprema inaplicada carece de motivación, aspecto que fue determinante para que la sala emplazada decida inaplicar el derecho de gracia concedido, este Tribunal considera que habiéndose dilucidado la ausencia de arbitrariedad del acto mediante el cual se decreta la referida gracia presidencial, toda vez que es respetuoso de sus límites materiales y formales derivados de la Constitución, la falta de motivación no invalida la resolución adoptada (F.J.31).

Queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado (F.J.32).

Conforme a lo expuesto, la gracia concedida al recurrente no resulta inconstitucional, por lo que la demanda deberá ser amparada, y en tal sentido, dejar sin efecto la resolución que resuelve inaplicar la gracia concedida» (F.J. 33).

Aplicación del Modelo de Toulmin:

Comentario:

Sobre el parámetro de control, referido a la existencia de una motivación suficiente, coincidimos con el voto singular de los Magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos (F.J. 30), quienes señalan que la Resolución Suprema N° 097-2006-JUS, que concede la

gracia presidencial, no supera este parámetro de control, pues, no explícita razonable ni proporcionalmente los motivos por los cuales se concede al demandante la gracia presidencial. Más aún, en el fundamento 31 de la sentencia se incurre en una antinomia. En efecto, en el fundamento 26 de la sentencia se reconoce como límite material de la gracia presidencial al principio-derecho de igualdad, sin embargo, posteriormente, concluye que la falta de motivación «no invalida la resolución adoptada» (F.J. 31), y luego prosigue señalando en forma paradójica, que en casos futuros «tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado» (F.J. 32). Sin duda, esto revela una seria contradicción, porque el Tribunal ya ha dejado plenamente establecido que las Resoluciones emitidas por el Presidente que involucren un acto discrecional, deben ser motivadas, pues, en caso contrario, el solo hecho de no motivar, se convierte en arbitrario. En tal sentido, el derecho de gracia como facultad discrecional del presidente no es la excepción. Por esta razón, la sentencia no puede decir que para el presente caso, no se aplica el derecho de motivación, tan solo para casos futuros.

Con razón se preguntan los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos en su voto singular: ¿Cómo puede concluirse que la resolución suprema inaplicada no es discriminatoria si están ausentes las razones *objetivas* que la justifican?

Pero este no es el único factor inconsistente, el elemento de la *evidencia* es sumamente débil, es más, prácticamente no hay evidencia que fundamente la conclusión o aserción del Tribunal. El artículo 10° del Reglamento Interno de la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por razones humanitarias, aprobado por Resolución Ministerial N° 593-2004-JUS, establece que se considera prioritaria la atención de las siguientes personas privadas de su libertad:

1. *Las que padecen enfermedades terminales o irreversibles según su estado.*

2. *Las que pese a padecer enfermedades no terminales, por la naturaleza de las condiciones carcelarias, pueden ver en grave riesgo su vida o afectada sensiblemente su integridad o dignidad.*

3. *Las afectadas por trastornos mentales crónicos o irreversibles.*
4. *Las mayores de 65 años.*

Los Magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, en su voto singular, señalan en forma expresa que en el expediente no se ha demostrado fehacientemente la concurrencia de ninguna de estas circunstancias a favor del demandante. Es decir, todo indica que el accionante no tenía ninguna enfermedad grave. Es más, los aludidos magistrados señalan que en el expediente de hábeas corpus no obra el cuadernillo técnico que permita comprobar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 12° del Reglamento antes citado, los cuales son:

«a) **Informe emitido por la Junta Médica Penitenciaria, que describa en forma detallada el estado clínico del solicitante, el diagnóstico definitivo, pronóstico y posibilidad de medicación y tratamiento en el establecimiento penitenciario, según formato de protocolo médico que se anexa.**

b) Certificado de ingresos y egresos a los establecimientos penitenciarios del país.

c) Informe del INPE sobre la existencia de Gracias Presidenciales concedidas con anterioridad.

d) Informe Social.

e) Copia certificada de la sentencia, de contarse con ésta».

Es esta la razón por la cual en el fundamento 30 de la sentencia, los magistrados no se remiten al expediente médico para corroborar la enfermedad que tiene el accionante, sino que de manera retórica señalan: «es de público conocimiento que el procesado padece de cáncer en uno de sus ojos...». Sin duda, es en estos casos cuando se requiere del informe de un experto, o expertos, como la respectiva Junta Médica del Hospital y, no de la «opinión pública» como fundamento de una decisión tiene que estar debidamente motivado para disipar cualquier resquicio de arbitrariedad.

Podemos concluir que la sentencia del Tribunal Constitucional incurre en clara incoherencia narrativa, al: a) no justificar adecuadamente su decisión (no supera el elemento de la *garantía*), b) no

posee la evidencia que permita asegurar que el accionante tenía cáncer en uno de los ojos (ausencia de *evidencia*) y, c) la decisión del Tribunal se refutó sola, al no poder probar que el accionante tenía cáncer en uno de los ojos.

16.10.1. Algunas reglas, métodos y falacias en el debate: la acusación y defensa en el juicio oral

- Reglas del debate colaborativo

URETA[457], siguiendo a EEMEREN y GROOTENDORST, señala que «las falacias son infracciones a las reglas del debate y estas infracciones solo tienen eficacia en determinadas etapas del debate y solo algunas se dan en todo el debate».

EEMEREN y GROOTENDORST postulan 10 reglas del debate colaborativo[458], la regla 11 es propuesta por CATTANI[459]:

Regla 1:	Las partes no deben impedirse unas a otras el presentar puntos de vista o el ponerlos en duda.
Regla 2:	Una parte que presenta una tesis está obligada a justificarla si se lo pide la parte contraria.
Regla 3:	El ataque de una parte en contra de un punto de vista debe referirse al punto de vista que realmente ha sido presentado por la otra parte.
Regla 4:	Una parte solo puede defender su punto de vista presentando una argumentación que esté relacionada con ese punto de vista.
Regla 5:	Una parte no puede presentar algo falsamente como si fuera una premisa dejada implícita por la otra parte, ni puede negar una premisa que él mismo ha dejado implícita.
Regla 6:	Una parte no puede presentar falsamente una premisa como si fuera un punto de partida aceptado, ni puede negar una premisa que representa un punto de partida aceptado.
Regla 7:	Una parte no puede considerar que un punto ha sido defendido concluyentemente, si la defensa no se ha llevado a cabo por medio de un esquema argumentativo apropiado que se haya aplicado correctamente.

[457] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 330.
[458] *Ibidem.*
[459] Cfr. CATTANI, Adelino, *op. cit.*, p. 13.

Regla 8:	En su argumentación, las partes solo pueden usar argumentos que sean lógicamente válidos o que sean susceptibles de ser validados explicitando una o más premisas implícitas.
Regla 9:	Una defensa fallida de un punto de vista debe tener como resultado el que la parte que lo presentó se retracte de él, y una defensa concluyente debe tener como resultado el que la otra parte se retracte de sus dudas acerca del punto de vista.
Regla 10:	Las partes no deben usar formulaciones que resulten insuficientemente claras o confusamente ambiguas y deben interpretar las formulaciones de la parte contraria tan cuidadosa y tan exactamente como les sea posible.
Regla 11:	En presencia de nuevos elementos, acepta la reapertura del debate y la revisión del caso.

Ahora veamos cuáles son las etapas del debate, para así identificar las falacias que se utilizan generalmente en cada etapa[460].

ETAPA DE APERTURA	ETAPA DE CONFRONTACIÓN	ETAPA DE ARGUMENTACIÓN	ETAPA DE CIERRE
Los participantes se ponen de acuerdo en tres cosas: la cuestión que se solucionará en el diálogo, el tipo de diálogo a desarrollar y las reglas que lo regulan.	Se determinan, por un lado, el tema objeto del diálogo, y por otro, las posturas que se sostienen respecto del mismo.	Surge la obligación de colaborar en la consecución del objetivo del diálogo (la resolución de la controversia) y de hacer esfuerzos ciertos para lograr el objetivo particular de cada participante en el diálogo.	Debe determinarse cuándo se considerará conseguido el objetivo del diálogo, o bien cómo hallar consenso entre los participantes para darlo por terminado cuando éste no se consiga.

16.10.2. Algunas advertencias previas

Las reglas antes mencionadas permiten garantizar la 'integridad del debate', el que no las observa incurre en alguna de las tan-

[460] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 331.

tas falacias que vamos a ver enseguida, los cuales, como se ha explicado *supra,* «no solo son defectos de carácter lógico, sino con frecuencia y voluntariamente transgresiones éticas o incumplimiento de reglas establecidas, que se relacionan, además con las reglas de la verdad y de la validez, con las reglas de la buena conducta y de la discusión fructífera»[461].

Ahora, es bueno precisar que las reglas enunciadas forman parte de un modelo ideal de discusión. Quien discute defendiendo una causa con apasionamiento tiende a hacer exactamente lo contrario a lo que aconseja las reglas señaladas. Y esto es así porque el deseo de ganar se encuentra estrechamente vinculado a los instintos más primarios de supervivencia. En una disputa, al igual que en una guerra, no solo está en juego la bandera que se asume defender (objetos externos que confieren un carácter simbólico al compromiso asumido por la causa que se defiende), también están en juego aspectos más personales que van a permitir reivindicar lo más interno, subjetivo y primario del hombre: honor, gloria, posición económica, estatus, poder, supervivencia.

Como bien afirma CATTANI[462], «en la animosidad del debate uno tiende irresistiblemente a inmunizar la propia tesis y a blindarse contra las críticas». Pero esta inclinación aparentemente irracional también ocurre con los científicos, quienes una vez postulada sus teorías la defienden con uñas y dientes, aun cuando muchas veces el contenido empírico que apoyen las mismas sea escaso o contradicha por la propia experiencia[463]. En realidad, dicha conducta se correspon-

---

461 Cfr. CATTANI, Adelino, *op. cit.*, p. 13.

462 *Ibidem,* p. 14.

463 Cfr. FEYERABEND, Paul, *Adiós a la razón,* Tecnos, Madrid, 1984, pp. 68-70. De igual manera, *vid.* LAKATOS, Imre, *Escritos filosóficos 1: La metodología de los programas de investigación científica,* Alianza Editorial, Madrid, 2002. LAKATOS refiere, sobre la defensa cerrada de una tesis, que «... el científico debe comprender que aunque su adversario haya quedado muy rezagado, aún puede protagonizar una contraofensiva. Las ventajas con que cuenta una de las partes nunca pueden considerarse como absolutamente concluyentes. Nunca hay algo inevitable en el triunfo de un programa. Tampoco hay ramea algo inevitable en su derrota. Por ello la terquedad, como la modestia, tienen funciones más 'racionales'. Sin embargo, las puntuaciones de los bandos rivales deben ser anotadas y expuestas al público en todo momento» (sic., p. 148).

de con la naturaleza humana, sea éste poeta, artesano o científico. Los seres humanos no son animales completamente racionales; incluso cuando actúan racionalmente pueden defender una tesis o teoría falsa sobre sus propios actos racionales[464].

Quien recurre a técnicas discursivas sospechosas, trucos y artificios de carácter táctico con fines de manipulación (falacias), lo hace sabiendo que dicha práctica no es honesta. Pero en una guerra el honesto pierde. Además, «los trucos y los sofismas, o sea, las razones hábilmente urdidas para replicar a otras razones, también podrían salvarnos, del mismo modo que los expedientes del abogado defensor se convertirían en un derecho sagrado para nosotros si fuéramos los acusados»[465]. Claro que quien utiliza estos artificios engañosos de forma indiscriminada y evidente, «a los ojos de un público atento y prudente, pueden y deben minar la credibilidad de quien se sirve de ellas. Pero para desenmascararlas, es preciso conocerla»[466].

Como bien precisa CATTANI[467]: «NO son pocos los comentaristas del buen Platón-Sócrates que han evidenciado en sus diálogos imperfecciones no despreciables, que incluyen un uso ambiguo de los términos y asunciones inadmisibles, insuficiencia de pruebas e inferencias ilegítimas o erróneas, hasta abarcar en cierto modo todas las formas canónicas de falacias».

Así que, si uno tiene dificultad para sostener un argumento, ataca al adversario incluso prescindiendo de la consistencia de la tesis que éste defiende; se sirve de pseudo-argumentos. Para salir de apuros, recurre a todas las distinciones, debidas e indebidas; o cambia de plan o de tono. Si cree que sus argumentos son de ínfima calidad, acumula tantos como puede con la esperanza de que la cantidad derrote a la calidad. No se plantea problemas de cantidad y de cualidad. No se plantea problemas de pertinencia y de modo. Si no acierta a responder, retuerce indebidamente la pregunta. Un cómodo «eres tú, no yo, quien debe probarlo», viene siempre en

---

464 Cfr. LAKATOS, Imre, *op. cit.*, p. 149.
465 Cfr. CATTANI, Adelino, *op. cit.*, p. 14.
466 *Ibidem.*
467 *Ibidem.*

auxilio cuando no se dispone de pruebas. En casos extremos, el sarcasmo y las broncas pueden reemplazar la falta de argumentos[468].

16.10.3. Etapa de apertura

- Algunas reglas a considerar

El alegato de apertura, señalan BAYTELMAN y DUCE[469], es una actividad fundamental del litigante, dado que constituye la oportunidad para presentar su «teoría del caso» ante el Tribunal, permitiendo a los jueces tomar contacto por primera vez con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso de la parte. El alegato de apertura organiza la información y el relato para los jueces, de tal forma que constituye una hoja de ruta para el caso y la prueba.

En esta etapa, la estrategia formada por el abogado defensor o por el fiscal, difieren notablemente en sus objetivos. Así, de acuerdo con Quintiliano, al elegir el estado para su defensa, el defensor tenía cuatro opciones: «hay cuatro diferentes métodos que pueden ser empleados en cada caso, y el que va a alegar debería estudiarlo como algo esencial. Para empezar con el defensor, el mejor método, por lejos, de autodefensa es negar el cargo, si es posible. Lo segundo mejor es, cuando es posible, responder que el acto particular del cual se lo acusa nunca se cometió. Lo tercero y más honorable es sostener que el acto estuvo justificado. Si ninguna de estas líneas de defensa es confiable, queda la única y última esperanza: (...) debemos evadir el cargo con la ayuda de algún punto de la ley, haciendo aparecer que la acción ha sido dirigida contra nosotros ilegalmente»[470]. Por su parte, el fiscal hace uso de los mismos asuntos cuando elige sus argumentos principales, pero debe probar los cuatro puntos para construir su caso: «El acusador (...) debe probar que algo fue hecho, que un acto particular fue hecho, que se hizo incorrectamente, y que trae sus cargos de acuerdo con la ley»[471].

---

[468] *Ibidem.*

[469] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, Alternativas, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, 2005, p. 293.

[470] Cfr. Snoeck Henkemans, Francisca, «Estructuras de la argumentación», en *Parlamentos. Teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Biblos, Buenos Aires, 2007, pp. 37-67 (40).

[471] Cfr. SNOECK HENKEMANS, Francisca, *op. cit.*, p. 41.

- **Aspectos estratégicos a considerar en la estructuración de un alegato de apertura**

Un alegato de apertura preparado estratégicamente, tiene que tener presente los siguientes elementos[472]:

- **Los jueces no conocen el caso,** por ello, no se debe caer en el error, al momento que se expone el alegato de apertura, de presentarlo desde la imagen mental que uno tiene del expediente, por el contrario, hay que hacerlo desde las necesidades de información que tienen los jueces; en ese sentido, no hay que presuponer que los jueces conocen ya el caso. Lo ideal es que el litigante explique a los jueces, en la versión más sencilla posible, en qué consiste el caso y cuál es la hoja de ruta para la prueba.
- **La credibilidad de la teoría del caso y del abogado litigante se construye a partir de los momentos iniciales del juicio:** una buena parte del éxito en la litigación en juicios orales dependerá de la capacidad que tengan los abogados de construir credibilidad para sus teorías del caso, para las pruebas que presentan e incluso de ellos mismos, como litigantes profesionales y confiables. Desde este punto de vista, la labor de lograr credibilidad en los jueces, se inicia desde el primer momento del proceso, es decir del alegato de apertura. Bajo esta idea es que los abogados deben cuidarse de no exagerar el mérito de sus pruebas, no ofrecer conclusiones que todavía no encuentran respaldo en la evidencia, y anticipar y explicar las debilidades de su caso si es que estas van a ser conocidas en el juicio.

• **Falacias propias de esta etapa**

- **La carga de la prueba**

De acuerdo a la regla 2 del debate colaborativo, si una parte postula una determinada tesis, está obligado a justificarla si se lo pide la parte contraria. El fundamento de esta regla es la siguiente: quien presenta una tesis debe estar dispuesto a defender su punto

---

[472] Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *op. cit.*, pp. 298-300.

de vista. El proponente al sentar su posición y cerrar el debate incurre en esta falacia[473].

Veamos los siguientes ejemplos propuestos por URETA[474]:

a. Evadir la carga de la prueba:

b. Desplazar la carga de la prueba

La primera forma de evadir esta responsabilidad es mostrando que cualquier objeción a nuestra tesis es una estupidez o un absurdo, por lo general se utilizan expresiones como las siguientes:

Quien reciba estos ataques no debe abandonar la defensa de su punto de vista, en cambio debe tomarlo como señales de que la otra parte quiere librarse fácilmente del debate. Se puede neutralizar con estas expresiones:

El juez debe entender, recordar y creer nuestra teoría del caso.

El alegato debe ser realizado de manera breve y clara, exposiciones prolongadas e ininteligibles hacen que el Juzgador pierda atención, con lo cual el objetivo que entienda la teoría del caso que se plantea no se podrá cumplir. El propósito básico de un alegato de apertura es que el Juzgador entienda, pues únicamente a partir del entendimiento de la teoría del caso podrá en la etapa de actuación probatoria establecer si logramos acreditarla o no. Nadie cree lo que ni siquiera entiende.

El segundo objetivo que debo lograr cuando hago un alegato de apertura es que el Juez recuerde mi teoría del caso para las siguientes audiencias, pues un Juicio termina el primer día únicamente en teoría, las más de las veces, continúan varias sesiones que duran hasta meses, con lo cual es frecuente que el Juez olvide la teoría del caso que le propusimos.

Finalmente otro propósito del alegato de apertura es que el Juez crea mi teoría del caso, los norteamericanos sostienen al unísono que los Juicios se ganan en el apertura, que los Jueces deciden en gran parte de los casos luego de escuchar la presentación de la teoría del caso y no con la actuación probatoria,

---

[473] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 335.
[474] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, pp. 335-336.

dicen que cuando ya creyeron la teoría del caso, lo único que hacen es buscar en la actuación probatoria confirmar lo que ya creyeron, esto es, encontrar únicamente puntos de apoyo para justificar su decisión.

Estos tres objetivos se logran con una técnica muy sencilla, basta con narrar nuestra teoría del caso como una historia o un relato, no como proposiciones jurídicas frías. Exponer nuestra teoría del caso como una historia le permitirá al Juez entenderla con facilidad, recordarla y sobre todo creerla. Los seres humanos desde que somos niños estamos entrenados para entender, a través de historias. Además, recordamos con facilidad los cuentos, historias, etc., que nos narraron de niños, sin embargo, muchos conceptos que aprendimos en la preparatoria, los hemos olvidado con facilidad. Finalmente, creemos con facilidad las historias -esto lo hacemos de manera inconsciente- el ser humano por naturaleza prejuzga y eso también le pasa al Juez, quien no deja de ser un humano.

Además no debemos olvidar empezar y terminar nuestra historia con un lema.

Sobre el lema, se ha escrito mucho, sin embargo, lo más importante no es que sea una frase de impacto, sino que resuma nuestra teoría del caso que en una frase sintetice nuestro punto de vista. Si logramos que el Juez recuerde el caso con nuestro lema y no con el de la contraparte, seguramente ya lo habremos convencido.

Si el Juez recuerda el caso como el del marido que mató cegado por los celos al encontrar a su mujer con el vecino en su propia cama, y no como el del tipo que con absoluto desprecio por la vida, mató al vecino de cuatro balazos sin motivo que lo justifique, de seguro habrá creído a la defensa y no a la Fiscalía.

16.10.4. Algunas reglas y falacias en la etapa de confrontación[475]

• Reglas a considerar en el interrogatorio

- Orden de presentación de los testigos y su credibilidad en el juicio

---

[475] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, pp. 332-335.

El objetivo de cada litigante en juicio es la reconstrucción coherente y persuasiva de los hechos. En tal sentido, la organización de la prueba tiene una importancia primordial, pues la misma debe obedecer a un patrón estratégico: cronológico, sistemático, de menor a mayor complejidad, por autor, por acción, por delito acusado, comenzando por la más tenue y cerrando con broche de oro, a o bien impactando con la más fuerte y cerrando con la menos importante, o bien en el orden que el litigante considere más apropiado a su estrategia[476].

Pero lo que siempre debe de haber es una estructuración de prelación, es decir, de ordenación. De esta forma, tradicionalmente se establecen algunos principios para determinar el orden en que se presentará la prueba testimonial, los cuales son comúnmente aceptados[477]:

- **Principio de orden cronológico,** en el sentido que se presentan los testigos en el mismo orden en que pueden ilustrar cómo sucedieron los hechos. Es más fácil al ser humano presenciar una reconstrucción de hechos que avance en orden histórico.

- **Principio de primacía y novedad,** según el cual deben presentarse a los testigos con mayor credibilidad al principio y al final, dado que las personas, en este caso, el jurado van a recordar mejor lo primero y lo último que escuchen. Es un método de contenido psicológico que se utiliza buscando impresionar al juez o al jurado.

- **Principio del testimonio más creíble,** que quiere decir, que el abogado presenta primero los testimonios más verosímiles, pues causarán un impacto que queda retratado en la retina del juzgador en función de la historia, la cual conocen bien, es coherente y verosímil,' no tiene contradicciones y se percibe como real.

---

[476] GARCÍA HERRERA, Catarino y PONCE DE LEÓN, Alejandro (coords.), *op. cit.*, p. 119.

[477] Cfr. GARCÍA HERRERA, Catarino y PONCE DE LEÓN, Alejandro (coords.), *op. cit.*, pp. 120-121.

- **Principio del testigo más creíble,** es decir, se presenta primero al testigo más creíble u honrado por el grupo social (v. gr., un político prominente, un ciudadano de buena reputación, un profesional internacionalmente reconocido). Este método también es de orden psicológico, pues se utiliza una especie de falacia de autoridad, según la cual lo que diga una persona incuestionable es a la vez incuestionable.
- **Principio de adecuación al tipo de Tribunal,** se ajusta a la idea que dependiendo del tipo de Tribunal ante el cual se deba estar, así debe ser el orden de los testigos, pues asumen que las condiciones psicológicas son diferentes ante un Tribunal de derecho que ante un jurado, y por lo tanto debe cambiar la estrategia general del caso, y el orden de la prueba.

Ahora veamos algunos ejemplos. MAUET[478], diseñando algunas técnicas para el debate en el Derecho anglosajón, recomienda el siguiente orden de testigos en un caso de homicidio culposo:

- Primero: testigo presencial.
- Segundo: el primer policía en llegar la escena
- Tercero: conductor de ambulancia.
- Cuarto: patólogo.
- Quinto: testigo presencial.
- Sexto: policía que efectuó el arresto.
- Séptimo: policía que condujo la investigación.

Este orden de los testigos no obedece al principio de primacía y novedad *(primacy and recency),* sino a uno de orden histórico. Pero el siguiente si corresponde a dicho principio[479]:

- Primero: testigo presencial de impacto.

---

[478] Cit. por GARCÍA HERRERA, Catarino y PONCE DE LEÓN, Alejandro (coords.), *op. cit.*, p. 122.

[479] Cfr. GARCÍA HERRERA, Catarino y PONCE DE LEÓN, Alejandro (coords.), *op. cit.*, p. 122.

- Segundo: el primer policía en llegar la escena.
- Tercero: conductor de ambulancia.
- Cuarto: patólogo.
- Quinto: testigo presencial o de referencia.
- Sexto: policía que efectuó el arresto.
- Séptimo: policía que condujo la investigación.
- Octavo: testigo presencial (de impacto).

Aquí sí se está aplicando el principio de primacía y novedad *(primacy and recency)*, pero debe tenerse cuidado en no perder el orden cronológico de la historia que se está reconstruyendo.

Ahora, en cuanto a la selección y organización de los testigos, debe tenerse presente lo siguiente[480]:

- No sobrecargar la prueba testimonial, en el sentido de que uno o dos pueden indicar fehacientemente los hechos, no utilice un tercero o un cuarto.
- Utilizar solamente los testigos necesarios para probar los elementos de su teoría del caso. No utilizar testigos débiles, porque así se le estaría dando facilidades a la contraparte.
- Si el fiscal solo tiene prueba débil, la pregunta es: ¿qué hace esa causa enjuicio? podrá haber un expediente, pero no un caso.
- No ofrecer al policía si no vio los hechos. Por lo tanto, no es recomendable llamarlo antes de que termine de testificar el último testigo directo.
- Ofrecer al policía para detallar otros elementos. Ejemplo: hallazgo del arma en ropas del acusado, lugar, hora y modo de realizar la detención (para demostrar la flagrancia o la inmediatez con respecto al hecho ilícito).

---

[480] Cfr. GARCÍA HERRERA, Catarino y PONCE DE LEÓN, Alejandro (coords.), *op. cit.*, pp. 122-123.

TIPOS DE ARGUMENTOS
Argumento
Testimonio experto
Testigo
Autoridad
Conocimiento comúnmente aceptado
Circunstancial contra la persona
Signo
Correlación a la causa
Causa efecto
Analogía
Ejemplo

- **Pautas sobre las objeciones**

En el sistema acusatorio adversativo, el término objeción significa poner reparo a algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir al proceso por alguna de las partes litigantes o por el Juez. Asimismo, puede ser objetable la actuación impropia de las partes y del juez en el proceso[481].

Las objeciones tienen que cumplir tres requisitos básicos:

- Oportuna:

Quiere decir que la objeción debe hacerse tan pronto como surja la situación que da lugar a la misma, caso contrario, es decir, si se realiza tarde, significa que es renunciada. De otro lado, de nada serviría oponerse a algo cuando ya ha sido revelado y escuchado por el Juzgador. El fundamento de la objeción puede surgir de la respuesta del testigo, ya que puede darse el caso en que no haya fundamento para objetar la pregunta, pero sí la respuesta[482].

---

[481] Cfr. QUIÑONES VARGAS, Héctor, *Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño*, Proyecto para el apoyo del sistema de justicia, Consejo Nacional de la Judicatura, Agencia para el Desarrollo del Gobierno de los Estados Unidos de América (USAID), El Salvador, 2003, p. 102.

[482] Cfr. QUIÑONES VARGAS, Héctor, *op. cit.*, pp. 105-106.

Esto obedece a que en el sistema de adversarios, el derecho probatorio es rogado, quiere decir, que las partes tienen que solicitar la aplicación de las normas probatorias reclamando así los derechos que éstas le confieren. El juez no puede de oficio *(motu propio)* impedir la introducción de algún material o elemento de prueba, o la formulación de alguna pregunta, a menos que alguna de las partes lo solicite. En los sistemas acusatorios adversativos la regla es que las propias partes se encarguen de presentar la prueba, correspondiéndole al Juez la decisión en cuanto a la admisibilidad o no admisibilidad de la prueba[483].

- Específica:

Cuando el abogado o fiscal realiza la objeción, debe señalar específicamente qué es lo que se objeta. No se puede objetar de forma genérica, alegando que la prueba presentada le es perjudicial para su caso o a su estrategia, ya que si así fuera, entonces ninguna prueba sería admisible, ya que toda la prueba de una de las partes, como norma general, es perjudicial para la parte contraria[484].

- Fundamento correcto:

La objeción puede reunir los requisitos de oportunidad y específica, sin embargo, no procede si no se invoca el fundamento correcto de acuerdo al derecho probatorio o procesal penal aplicable. Como norma general, en un sistema acusatorio adversativo, el fundamento para una objeción surge de las Reglas de Evidencia[485]

• Infracciones a las reglas del debate colaborativo

Por la primera regla del debate colaborativo, se establece que las partes no deben impedirse unas a otras el presentar puntos de vista o el ponerlos en duda. Las infracciones pueden ser cometidas por el proponente o el oponente y tratan de hacer que el auditorio no escuche o no preste atención ni otorgue credibilidad a los argumentos que sostiene la parte contraria o se trata de incomodar a ésta de modo que no se sienta en la libertad de expresarse libremente.

---

[483] Cfr. QUIÑONES VARGAS, Héctor, *op. cit.*, p. 106.
[484] ID.
[485] *Ibidem*, p. 107.

De acuerdo con URETA[486], algunas falacias que infringen esta regla son las siguientes:

1. Con respecto a los puntos de vista:
- Prohibir puntos de vista *(ad baculum).* - Declarar sacrosantos a ciertos puntos de vista
2. Con respecto al oponente:
- Presionar a la parte contraria por medio de la manipulación de sus sentimientos de compasión o amenazándolo con sanciones *(ad misericordiam).*
- Hacer un ataque personal contra el oponente recurriendo a *(ad hominem):-* Presentarlo como estúpido, malo, poco confiable, etc.- - Sembrar la sospecha sobre sus motivaciones.- - Señalar una inconsistencia entre sus ideas y sus acciones, en el pasado y/o en el presente.

La primera falacia es la llamada *ad baculum,* que consiste en amenazar a la parte contraria con sanciones para que no pueda exponer libremente su punto de vista. Por ejemplo[487]:

La otra falacia es afirmar que el punto de vista sostenido es irrebatible o que ya no merece oposición alguna, por ejemplo[488]:

> «Solo un enemigo de la justicia y la legalidad podría cuestionar la necesidad de defender la vida».

En el contexto de un debate sobre la pena de muerte, este argumento busca en principio quitar toda posibilidad de auditorio a la tesis contraria, lo cual también impide la libre expresión de ideas.

Si las anteriores falacias apuntan a neutralizar o aniquilar el punto de vista contrario las falacias *ad misericordiam* y *ad hominem* atacan a quien sostiene el argumento.

Un ejemplo típico de la falacia *ad hominem* reside en atacar la calidad moral o credibilidad del adversario; por ejemplo[489]:

---

[486] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, pp. 332-335.
[487] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 333.
[488] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 333.
[489] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, pp. 334-335.

«¿Cómo creer a quien ya ha mentido en otras ocasiones?«De un reincidente no podemos esperar verdad alguna».

URETA[490] precisa que estas infracciones son peligrosas porque anulan toda discusión abierta, y su efectividad reside en que sean formuladas al iniciarse el debate. Un ataque contra la persona en la etapa de cierre, logrará posiblemente el efecto contrario al crear suspicacias contra el que lo interpone (¿por qué no lo dijo antes?).

16.10.5. Falacias en la etapa de argumentación

a. Defender una tesis utilizando argumentos que no están relacionados

En la etapa de argumentación, lo que busca el proponente es poner en duda el punto de vista del oponente cuestionando, criticando; para tal efecto, se deben aportar elementos relacionados con el punto de vista en cuestión para absolver las dudas; por ello, la regla 4 del debate colaborativo establece que «una parte solo puede defender su punto de vista presentando una argumentación que esté relacionada con ese punto de vista»[491].

Sin embargo, ocurre que en un auditorio no todas las personas tienen un seguimiento exhaustivo de los argumentos que se exponen, inclusive un auditorio colaborativo presupone que todos los argumentos empleados son relevantes y aprovechándose de esta condición uno de los participantes puede presentar argumentos que no están relacionados con el tema en discusión para ganar ventaja o apelar a la manipulación de las emociones. Las falacias que se pueden cometer son:[492]

Infracción a la regla 4:
1. La argumentación no se refiere al punto de vista en discusión: argumentación irrelevante. 2. El punto de vista no se defiende por medio de una argumentación, sino empleando medios de persuasión no argumentativos. – Manipulando las emociones de la audiencia. – Enumerando las cualidades propias.

[490] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 335.
[491] *Ibidem*, p. 338.
[492] *Ibidem*, p. 338.

Ejemplo de argumentos irrelevantes:
«Podemos defender la posibilidad de aplicar la pena de muerte afirmando que en la misma naturaleza se dispone que unos animales maten a otros». «Solo un ateo puede estar contra la propiedad privada». «Las privatizaciones son un acto de traición a la patria». «No se debe usar el quechua en el Congreso peruano porque en el Congreso español no se usa el catalán ni el gallego».

Al respecto, URETA[494] precisa que en el primer caso, un tema de zoología no guarda relación con una discusión a favor o en contra de la pena de muerte, ni el ateísmo es condición para sostener una ideología, ni la traición a la patria, delito que se comete en estado de guerra, tiene que referirse a un tema de disposición de recursos públicos. En el último caso, el asunto es diferente pues no sabemos qué determinó la decisión del Congreso español, o si admite excepciones.

Veamos ahora algunos ejemplos de argumentos apelando a las emociones del auditorio o a la persona quien defiende el punto de vista[495]:

«Los profesores intachables son los que han denunciado al Director», (falacia *ad verecundiam)*
«Durante veinte años he investigado sobre este tema, he recibido reconocimiento en esta especialidad, por lo que se debe aceptar la tesis propuesta».

URETA[496] señala que para rebatir adecuadamente esta falacia es conociendo perfectamente al oponente, de este modo se le muestra que su especialización no le permite dar una opinión autorizada o que existen otras autoridades que discrepan, o mediante el uso de preguntas significativas, mostrar que no reunió las pruebas suficientes para tener una afirmación concluyente, o mejor aún, que tiene un interés en el resultado.

---

[493] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 338.
[494] *Ibidem.*
[495] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 340.
[496] *Ibidem.*

16.10.6. Reglas y falacias en la etapa de clausura

• Pautas para estructurar el alegato final

Existen tres diferentes formas de estructurar el alegato final:

- Orden cronológico de los hechos

Consisten en la presentación ordenada y secuencial de cómo sucedieron los hechos, determinando en el tiempo cada suceso y estableciendo como fue probado. Este modelo es utilizado generalmente por la Fiscalía quien, por llevar la carga de la prueba, debe establecer todos los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que integran la condena[497]

- Orden de los cargos de la acusación

Otra forma de encarar el alegato final es tomando como base la acusación. Se hace relación de cada cargo o sindicación. En este caso, la defensa puede atacar cada elemento o supuesto de la acusación para comprobar las falencias materiales o formales de la tesis de la Fiscalía. De otro lado, la Fiscalía puede afirmar que todos y cada una de las premisas de la acusación se han comprobado y refresca en el juez cada una, dando certeza a sus planteamientos iniciales[498].

- Supuestos jurídicos sustanciales o procedimentales

Otro orden de estructurar el alegato final, es partiendo de la norma que describe la conducta punible en la parte especial del Código, o la norma que configura un juicio de valor sobre la conducta, o los supuestos probatorios necesarios para condenar[499]. Este tipo de presentación se ordena desde la premisa jurídica y desde allí se elabora el discurso sobre los hechos y sobre las pruebas. Sirve para apelar a la mentalidad jurídica del juez, donde se siente cómodo y se le puede sintetizar el argumento con toda su carga legislativa, doctrinal y jurisprudencial[500].

---

[497] Cfr. GARCÍA HERRERA, Catarino y PONCE DE LEÓN, Alejandro (coords.), *op. cit.*, p. 215.
[498] *Ibidem*, p. 215.
[499] *Ibidem*, p. 215.
[500] *Ibidem*, p. 216.

La estructura que nunca se aconseja realizar, es la presentación del alegato testigo por testigo. Repetir lo que cada testigo dijo, distrae al juez, y también distrae recapitular en cada testigo los hechos, porque la historia se repite una y otra vez.

- **Falacias**

De acuerdo a la Regla 9: «Una defensa fallida de un punto de vista debe tener como resultado el que la parte que lo presentó se retracte de él, y una defensa concluyente debe tener como resultado el que la otra parte se retracte de sus dudas acerca del punto de vista». Infringen esta regla las siguientes falacias[501]:

1.- Absolutizar el éxito de la defensa (por parte del protagonista) Concluyendo que el punto de la vista es verdadero solo porque ha sido defendido exitosamente.
2.- Absolutizar el fracaso de la defensa (por parte del antagonista): Concluyendo que un punto de vista es verdadero solo porque el punto de vista opuesto no ha sido defendido exitosamente.

Hay que precisar que una defensa concluyente de una determinada tesis, es aquella que ha resultado victoriosa en los procedimientos de prueba y argumentación. Para ello, es preciso recomendar cumplir con el Principio de colaboración de GRICE[502]:

[501] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 347.
[502] Cfr. URETA GUERRA, Juan, *op. cit.*, p. 347.

APÉNDICE
ARTÍCULOS DEL NUEVO CPP QUE REGULA LA LITIGACIÓN ORAL

Teoría del caso Art. 371,2 / Alegatos preliminares Art. 371,2 / Examen del acusado Art. 375,1,a; 376 / Examen de testigos y peritos Art. 378 / Contrainterrogatorio Art. 378,2 / Redirecto y contra redirecto Art. 378,10 / Objeciones Art. 376,3 (376,2,d) / Confrontación con declaraciones previas Art. 378,8 / Presentación de pruebas Art. 382 / Oralización de medios probatorios Art. 375, l, c; 383,1; 384 / Alegatos finales: fiscal (Art. 387), actor civil (Art. 388), tercero civil (Art. 389), de la defensa (Art. 390).

TÍTULO III
EL DESARROLLO DEL JUICIO

Artículo 371.- Apertura del juicio y posición de las partes

2. Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

TÍTULO IV
LA ACTUACIÓN PROBATORIA

Artículo 375.- Orden y modalidad del debate probatorio

1. El debate probatorio seguirá el siguiente orden:

a) Examen del acusado;

Artículo 376.- Declaración del acusado

1. Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal.

2. Si el acusado acepta ser interrogado, el examen se sujetará a las siguientes reglas:

a) El acusado aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso;

b) El interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil;

c) El interrogatorio está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles;

d) No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas.

3. El Juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisible las preguntas prohibidas.

4. El último en intervenir será el abogado del acusado sometido a interrogatorio.

Artículo 378.- Examen de testigos y peritos

1. El Juez, después de identificar adecuadamente al testigo o perito, dispondrá que preste juramento o promesa de decir la verdad.

2. El examen de los testigos se sujeta -en lo pertinente- a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba y luego las restantes. 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. No se puede leer la declaración de

un testigo interrogado antes de la audiencia cuando hace uso de su derecho a negar el testimonio en el juicio.

3. El examen al testigo menor de dieciséis años de edad será conducido por el Juez en base a las preguntas y contrainterrogatorios presentados por el Fiscal y las demás partes. Podrá aceptarse el auxilio de un familiar del menor y/o de un experto en psicología. Si, oídas las partes, se considerase que el interrogatorio directo al menor de edad no perjudica su serenidad, se dispondrá que el interrogatorio prosiga con las formalidades previstas para los demás testigos. Esta decisión puede ser revocada en el transcurso del interrogatorio.

4. El Juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes, en ese mismo acto, podrán solicitar la reposición de las decisiones de quien dirige el debate, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

5. El examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial. Luego 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 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.

6. Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera

7. 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.

8. Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.

9. Los testigos y peritos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

10. A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia.

Artículo 382.- Prueba material

1. Los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, siempre que sea materialmente posible, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes.

2. La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella.

(Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 983, publicado el 22 de julio de 2007)

Artículo 383.- Lectura de la prueba documental

1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

a) Las actas conteniendo la prueba anticipada;

b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;

c) 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 independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;

d) Las actas conteniendo 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; y,

e) 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.

Artículo 384.- Trámite de la oralización

1. La oralización tendrá lugar cuando, indistintamente, lo pida el Fiscal o los Defensores. La oralización se realizará por su orden, iniciándola el Fiscal, continuándola el abogado del actor civil y del tercero civil, y culminando el abogado del acusado. Quien pida oralización indicará el folio o documentos y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil.

2. Cuando los documentos o informes fueren muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra. De igual manera, se podrá prescindir de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenándose su lectura o reproducción parcial.

3. Los registros de imágenes, sonidos o en soporte informático podrán ser reproducidos en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.

4. Una vez que se concluya 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.

TÍTULO V
LOS ALEGATOS FINALES

Artículo 387.- Alegato oral del Fiscal

1. El Fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica de los mismos, la responsabilidad penal y civil del acusado, y de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil, y concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita.

2. Si el Fiscal considera que del juicio han surgido nuevas razones para pedir aumento o disminución de la pena o la reparación civil solicitadas en la acusación escrita, destacará dichas razones y pedirá la adecuación de la pena o reparación civil. De igual manera, en mérito a la prueba actuada en el juicio, puede solicitar la imposición de una medida de seguridad, siempre que sobre ese extremo se hubiera producido el debate contradictorio correspondiente.

3. El Fiscal, en ese acto, podrá efectuar la corrección de simples errores materiales o incluir alguna circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión y, sin que sea considerada una acusación complementaria.

4. Si el Fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación. En este supuesto el trámite será el siguiente:

a) El Juzgador, después de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con tal fin por el término de dos días hábiles.

b) Reabierta la audiencia, si el Juzgador está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal, dictará auto dando por retirada la acusación, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa.

c) Si el Juzgador discrepa del requerimiento del Fiscal, elevará los autos al Fiscal jerárquicamente superior para que decida, dentro del tercer día, si el Fiscal inferior mantiene la acusación o si debe proceder con arreglo al literal anterior.

d) La decisión del Fiscal jerárquicamente superior vincula al Fiscal inferior y al Juzgador.

Artículo 388.- Alegato oral del actor civil

1. 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.

2. El abogado del actor civil 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. Está prohibido de calificar el delito.

Artículo 389.- Alegato oral del abogado del tercero civil

1. 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.

2. El abogado del tercero civil podrá referirse íntegramente al hecho objeto de imputación y, sin cuestionar el ámbito penal de **la misma, resaltar la inexistencia de los criterios de imputación de derecho civil.**

Artículo 390.- Alegato oral del abogado defensor del acusado

1. 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 solicitadas, y si fuere el caso las rebatirá.

2. 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.

Bibliografía

Abel Lluch, Xavier y Richard González, Manuel, *Estudios sobre la prueba penal,* 1.ª ed., t. II, La Ley, Madrid, 2011.

Aguilar Franch, Manuel Ramón, *El poder de la metáfora en la estructuración e interpretación de obras literarias y fílmicas: Wuthering Heights,* tesis doctoral, Departamento de Filología inglesa y alemana, Universidad de Valencia, Valencia, junio del 2009.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Angulo Arana, Pedro, *La investigación y el delito en el nuevo Código Procesal Penal,* 1.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

Angulo Arana, Pedro, *Los alegatos en el nuevo juicio oral,* 1.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

Araya Vega, Alfredo, «La teoría de los frutos del árbol envenenado. Críticas e interpretación en Costa Rica». Recuperado de https://ceduna.jimdo.com/app/download/12973917078/doctrina28061.pdf?t=1525213657

Arenas Dolz, Francisco, «Dialéctica y retórica», en Beuchot, Mauricio y Arenas Dolz, Francisco (dirs.), *10 palabras clave en hermenéutica filosófica,* Verbo Divino, Navarra, 2006.

Aristóteles, *Retórica,* traducción de Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1964.

Arjona Sebastia, César, *Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes,* Iustel, Madrid, 2006.

Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ATIENZA, Manuel, «Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales», en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* N.° 1, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Madrid, octubre de 1994.

BAYTELMAN, Andrés, «El juicio oral», en CAROCCA, Alex (org.), *Nuevo proceso penal,* Cono Sur, Santiago de Chile, 2000.

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba,* 1.ª ed., Alternativas, Lima, 2005.

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal: juicio oral y prueba,* Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Manual de litigación en juicios orales,* Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2004.

BERGMAN, Paul, *La defensa en juicio,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

BERGMAN, Paul, *La defensa en juicio: la defensa penal y la oralidad,* 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

BERMEJO LUQUE, Lilian, *Bases filosóficas para una teoría normativa integral de la argumentación. Hacia un enfoque unificado de sus dimensiones lógica, dialéctica y retórica,* tesis doctoral, Departamento de Filosofía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, 2006.

BERMEJO LUQUE, Lilian, «Filosofía y Retórica: el lugar de la teoría de la argumentación», en *Daimon,* Revista Internacional de Filosofía, Universidad de Murcia, Murcia, N.° 30, 2003, pp. 105-115.

BEUCHOT, Mauricio, *La retórica como pragmática y hermenéutica,* Anthropos, Barcelona, 1998.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal,* 2.ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al., Litigación penal: juicio oral y prueba,* Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.

BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al., Litigación estratégica en el nuevo proceso penal,* 1.ª ed., Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.

BOTERO, Martín Eduardo, *El sistema procesal penal acusatorio,* Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008.

BOVINO, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

CÁCERES JULCA, Roberto, *Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción*, t. 10, Grijley, Lima, 2008.

CAFFERATA NORES, José I., *Derecho procesal penal: consensos y nuevas ideas*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998.

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *El texto jurídico. Redacción y oralidad: conflicto, argumentación y convivencia*, 1.ª ed., Semilla, Medellín, 2009.

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *Oralidad, debate y argumentación*, 3.ª reimp., Ibáñez, Bogotá, 2008.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.

CASTILLO ALVA, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Grijley, Lima, 2013.

CATTANI, Adelino, «Las reglas del diálogo y los movimientos de la polémica», en *Cuadernos de Filosofía y Ciencia*, N.° 32-33, 2003, pp. 7-20.

Código Procesal Penal chileno, actualizado al 12 de diciembre del 2000.

CHOQUECAHUA AYNA, Alex Francisco, «El principio de imputación necesaria: una aproximación conceptual, analítica, jurisprudencial y crítica en el nuevo modelo procesal penal peruano», en *Derecho y Cambio Social*, año XI, N.° 35, Lima, 2014. Recuperado de https://www.derechoycambiosocial.com/revista035/EL_PRINCIPIO_DE_IMPUTACION_NECESARIA.pdf

CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982.

COPI, Irving M., y COHEN, Carl, *Introducción a la Lógica*, Limusa/Noriega, México, 2002.

COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. 1, Ediar, Buenos Aires, 1948.

COUTURE, Eduardo, *Los mandamientos del abogado*, s. n., Montevideo, 1956.

COUTURE, Eduardo, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, Montevideo, 1941.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo Código Procesal: ¿revolución penal?*, Justicia Viva, Lima, 2004.

CUENCA, María y HILFERTY, Joseph, *Introducción a la lingüística cognitiva*, Ariel, Barcelona, 1999.

DANESI, Marcel, *Metáfora, pensamiento y lenguaje (una perspectiva viquiana de teorización sobre la metáfora como elemento de interconexión)*, Kronos, Sevilla, 2004.

D'ACUNTO, Giuseppe, «La tópica en Vico como método del razonamiento «aporético»», en *Cuadernos sobre Vico*, N.° 21/22, 2008, pp. 73-90.

DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro, *El contrainterrogatorio*, 1.ª ed., Comlibros, Medellín, 2009.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 3.ª ed., Víctor P. De Zavalía Editor, Buenos Aires, 1974.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos*, 3.ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael, «Cuerpo y metáforas de género en la historia del pensamiento económico y político», en *Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, Universidad Complutense, Madrid, N.° 8, 2004, pp. 85-110.

FALCÓN Y TELLA, María José, «¿Es posible un gobierno de los jueces?», en *Foro, Nueva Época*, N.° 6, 2007, pp. 33-71.

FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, *Procedimiento penal acusatorio y oral*, vol. II, 2.ª ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2010.

FEYERABEND, Paul, *Adiós a la razón*, Tecnos, Madrid, 1984.

FONTANET MALDONADO, Julio, *Principios y técnicas de la práctica forense*, 2.ª ed., Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2002.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método. Fundamentos para una hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1988.

GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo, «Uso de razón. Argumentos». Recuperado de http://www.usoderazon.com/

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *La lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México, 1999.

GARCÍA RESTREPO, Luis E., *Elementos de lógica para el derecho*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 2003.

Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2007.

González González, Benigno Martín, *Las analogías en el proceso enseñanza-aprendizaje de las ciencias de la naturaleza*, tesis doctoral, Departamento de Didácticas Especiales de la Universidad de La Laguna, 2002.

González Navarro, Antonio, *La prueba en el sistema penal acusatorio*, Leyer, Bogotá, 2011.

Gómez Colomer, Juan Luis, «Anotaciones introductorias sobre el proceso penal español», en Roxin, Claus *et al.*, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel, Barcelona, 1989.

Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

Gourinat, Jean, «Diálogo y dialéctica en los *Tópicos* y las *Refutaciones sofísticas* de Aristóteles», en *Anuario Filosófico*, N° 35, 2002, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Navarra, pp. 463-495.

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, t. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

Huamán García, Isabel, *et al.*, *Principios del derecho procesal penal*, 1.ª ed., Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2004.

Ibáñez, Perfecto Andrés, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal». Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10731/1/doxa12_08.pdf

Ihnen, Constanza, «La acción falaz en la etapa de la argumentación y las actividades argumentativas institucionalizadas», en Marafioti, Roberto, *De las falacias. Argumentación y comunicación*, Biblos, Buenos Aires, 2008.

Ibarretxe Antuñano, Iraide, «Metáforas de la percepción: una aproximación desde la Lingüística Cognitiva», en Santibáñez, Cristián y Osorio, Jorge (eds.), *Recorridos de la metáfora: mente, espacio y diálogo*, Concepción, Chile, Eudec. Recuperado de https://es.scribd.com/document/353508575/Ibarretxe-Chile-metaforas-09-pdf

Jauchen, Eduardo, *Derechos del imputado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

KAKU, Michio, *El universo de Einstein: cómo la visión de Albert Einstein transformó nuestra comprensión del espacio y el tiempo,* Bosch, Barcelona, 2004.

KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica,* trad. J. C. Gardella, 4.ª ed., Temis, Colombia, 2004.

KÖVECSES, Zoltán, *Metaphor: a practical introduction,* Oxford University Press, Nueva York, 2002.

LAKATOS, Imre, *Escritos filosóficos 1: La metodología de los programas de investigación científica,* Alianza Editorial, Madrid, 2002.

LAKOFF, George y JOHNSON, Mark, *Metáforas de la vida cotidiana,* Cátedra, Madrid, 2001.

LEE BAILEY, Francis, *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante,* Limusa, México, 2002.

LEÓN PARADA, Víctor, *El ABC del nuevo sistema acusatorio penal,* Ecoe Ediciones, Bogotá, 2005.

LIPMANN, Mathew, *El descubrimiento de Harry Stottlemeier. Proyecto Didáctico Quirón,* 2.ª ed., Ediciones de la Torre, Madrid, 1989.

LÓPEZ EIRE, Antonio, «La naturaleza retórica del lenguaje», en *Logo. Revista de retórica y teoría de la comunicación,* año V, N.° 8/9, junio-diciembre del 2005, Salamanca, pp. 5- 249.

MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal argentino,* vol. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 317-318.

MARTÍNEZ SOLANO, José, *El problema de la verdad en K. R. Popper: Reconstrucción histórico-semántica,* Gesbiblo, Madrid, 2005.

MARTÍN DE LA ROSA, María Victoria, *Estudio contrastativo de la metáfora en el discurso periodístico: el conflicto de las vacas locas en la prensa española e inglesa,* tesis doctoral, Facultad de Filología de la Universidad Complutense, Madrid, 2002.

MAUET, Thomas A., *Trial Techniques,* 5.ª ed., Aspen Publishers Inc., Nueva York, 2000.

MAUET, Thomas A *Fundamentals of Trial Techniques,* Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1980.

MÁVILA LEÓN, Rosa, *El nuevo sistema procesal penal,* Jurista Editores, Lima, 2005.

MINERVINO, Ricardo, «La capacidad de la teoría de proyección de la estructura y la teoría de la metáfora conceptual para explicar la

generación y el uso de metáforas conceptuales: una comparación crítica», en *Subjetividad y Procesos Cognitivos,* N.° 10, 2007, pp. 139- 162.

MIRANDA ALONSO, Tomás, *Argumentos,* Publicaciones de la Universidad de Valencia/Editorial Marfil, Valencia, 2002.

MIRANDA ALONSO, Tomás, *El juego de la argumentación,* Ediciones de la Torre, Madrid, 1995.

MIRA Y LÓPEZ, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica,* 5.ª ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1961, citado en *El contrainterrogatorio,* 1.ª ed., Comlibros, Medellín, 2009, p. 501.

MIXÁN MASS, Florencio, *Derecho procesal penal: juicio oral,* BLG, Trujillo, 1996.

MIXÁN MASS, Florencio, *Teoría de la prueba,* BLG, Trujillo, 1992.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional,* t. III, Bosch Editor, Barcelona, 1991.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional,* t. III, Proceso Penal, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.

NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral,* Idemsa, Lima, 2010.

NEYRA FLORES, José Antonio, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* t. I, Lima, Idemsa, 2015.

NIETZSCHE, Friedrich, *El libro del filósofo,* Taurus, Madrid, 2000.

NOLASCO VALENZUELA, José *et al.: Manual de litigación en delitos gubernamentales,* t. 2, ARA, Lima, 2011.

NUBIOLA, Jaime, «El valor cognitivo de las metáforas», en *Cuadernos de Anuario Filosófico,* N.° 103, Pamplona, 2000, pp. 73-85.

OLIVA MARTÍNEZ, José María, «El papel del razonamiento analógico en la construcción histórica de la noción de fuerza gravitatoria y del modelo de sistema solar (primera parte)», en *Revista Eureka sobre enseñanza y divulgación de las ciencias,* vol. 1, N.° 1, 2004, pp. 31-44.

OLIVA MARTÍNEZ, José María, «El papel del razonamiento analógico en la construcción histórica de la noción de fuerza gravitatoria y del modelo de sistema solar (segunda parte)», en *Revista Eureka sobre enseñanza y divulgación de las ciencias,* vol. 1, N.° 3, 2004, pp.167-186.

ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal,* Alternativas, Lima, 1996.

ORTEGA JARPA, Waldo, *Litigación oral en el proceso penal,* 1.ª ed., RIL Editores/Editorial Universidad Católica de la Santísima Concepción, Santiago de Chile-Concepción, 2012.

ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El juicio de acusación,* Atelier, Barcelona, 2007.

ORTIZ DÍAZ GUERRA, María Jesús, *La metáfora visual incorporada: aplicación de la teoría integrada de la metáfora primaria a un corpus audiovisual,* tesis doctoral, Departamento de Comunicación y Psicología Social de la Universidad de Alicante, 2009.

PACHECO MANDUJANO, Luis Alberto, «De las estructuras lógico-objetivas a la teoría del rol social en el derecho penal», en *Gaceta Penal & Procesal Penal,* t. 54, Lima, diciembre del 2013, pp. 298-305.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *El nuevo proceso penal peruano,* 1.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal,* 1.ª ed., Rodhas, Lima, 2009.

PEÑA GONZÁLES, Óscar, *Técnicas de litigación oral,* 2.ª ed., APECC, Lima, 2013.

PEÑA GONZÁLES, Óscar, *Técnicas de litigación oral,* 1.ª ed., APECC, Lima, 2009.

PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica,* Civitas, Madrid, 1979.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica,* Gredos, Madrid, 1989.

PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* N.° 21, 2010, pp. 90-127.

POPPER, Karl, *Conocimiento objetivo,* Tecnos, Madrid, 1982.

PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge, *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación,* Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004.

QUIÑONES VARGAS, Héctor, *Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño. Un análisis crítico del sistema oral en el proceso*

penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa, Proyecto para el apoyo del sistema de justicia, Consejo Nacional de la Judicatura, Agencia para el Desarrollo del Gobierno de los Estados Unidos de América (USAID), San Salvador, 2003.

QUISPE FARFÁN, Fany Soledad, *El derecho a la presunción de inocencia,* Serie Derechos y Garantías, N.° 2, Palestra, Lima, 2003.

QUISPE FARFÁN, Fany Soledad, *El derecho a la presunción de inocencia,* Palestra, Lima, 2001.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal,* Palestra, Lima, 2008.

REYES MEDINA, César, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano,* D2 vinni, Bogotá, 2009.

REYNA ALFARO, Luis, *Litigación oral y técnicas de persuasión aplicadas al Código Procesal Penal,* 2.ª ed., Jurista Editores, Lima, 2010.

REYNA ALFARO, Luis, *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal,* Grijley, Lima, 2009.

RIVERA MORALES, Rodrigo, *La prueba: un análisis racional y práctico,* Marcial Pons, 2011.

RODRÍGUEZ HURTADO, Mario *et al., Manual de la investigación preparatoria del proceso penal común,* Cooperación Alemana al Desarrollo Internacional (GIZ), Lima, 2008.

RODRÍGUEZ BELLO, Luisa, «El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación», en *Revista Digital Universitaria,* N.° 1, vol. 5, Caracas, 21 de enero del 2004, pp. 1-18. Recuperado de http://www.revista.unam.mx/vol.5/num1/art2/ene_art2.pdf

RODRÍGUEZ CHOCONTÁ, Orlando, *El testimonio penal y sus errores, su práctica en el juicio oral y público,* 2.ª ed., Temis, Bogotá, 2005.

ROGERS, William y WRIGHT CAROZZA, Paolo, *La Corte Suprema de Justicia y la seguridad jurídica,* Ábaco, Buenos Aires, 1995.

ROSAS YATACO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Instituto Pacífico, Lima, 2013.

STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez,* trad. de A. de la Oliva, Temis, Bogotá, 1988.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Introducción al nuevo proceso penal,* Idemsa, Lima, 2005.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal,* 1.ª ed., Idemsa, Lima, 2004.

SANCINETTI, Marcelo, *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación,* Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

SANTIBÁÑEZ, Cristián, «Metáforas y argumentación: lugar y función de las metáforas conceptuales en la actividad argumentativa», en *Revista Signos,* vol. 42, N.° 70, Valparaíso, 2009.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal,* 2.ª ed., Grijley, Lima, 2003.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal,* t. I, Grijley, Lima, 1999.

SAN MARTÍN CASTRO, César, «Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en el Perú». Conversatorio Internacional sobre Experiencias de Reforma de la Administración de Justicia, 21 y 22 de agosto del 2003.

SERRANO, Margarita, «Los frutos del árbol envenenado: tentación y legitimidad en el Derecho Internacional», en *Revista Mayéutica,* N.° 1, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, diciembre del 2008.

SERRANO, Gonzalo, *La querella en torno al silogismo 1605-1704. Conocimiento versus forma lógica,* Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006.

SIERRA MEJÍA, Rubén, «La metáfora del texto filosófico», en OLIVÉ, León y VILLORO, Luis (eds.), *Homenaje a Fernando Salmerón, Filosofía Moral, educación e historia,* Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 731-740.

SNOECK HENKEMANS, Francisca, «Estructuras de la argumentación», en *Parlamentos. Teoría de la argumentación y debate parlamentario,* Biblos, Buenos Aires, 2007, pp. 37-68.

SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral,* 3.ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010.

SOSA CARRILLO, Cruz Evelia, «Un estudio sobre el problema de la enseñanza-aprendizaje de la definición geométrica. El efecto de los ejemplos prototipo», en Memorias XII CIAEM, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México. Recuperado de http://ciaem-redumate.org/ciaem/memorias/xii_ciaem/145_problema_ensenanza.pdf

Talavera Elguera, Pablo. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2004.

Tejera, Carmelo *et al.*, «Ejemplificación del método de aprendizaje con analogías», en *XXIII Encuentros de Didáctica de las Ciencias Experimentales,* Almería, 9 al 12 de setiembre del 2008. Recuperado de http://www.23edce.com/ wp-content/themes/ .../ descargarComunicacion 2GET.php?

Trujillo Amaya, Julián, «Nietzsche: retórica, metáfora y filosofía», en *Criterio Jurídico,* Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, N.° 3, 2003, pp. 7-33. Recuperado de https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/219/936

Ureta Guerra, Juan, *Técnicas de argumentación jurídica para la litigación oral y escrita,* Jurista Editores, Lima, 2010.

Vicente Sola, Juan, *Control judicial de constitucionalidad,* 2.ª ed., Lexis Nexis/Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación,* 10.ª ed., Ariel, Barcelona, 2005.

Walter, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba,* Temis, Bogotá, 1985.

Walton, Douglas, «Estudio del uso de *ad hominem* circunstancial en la argumentación política», en Marafioti, Roberto y Santibáñez, Cristián, *De las falacias. Argumentación y comunicación,* Biblos, Buenos Aires, 2008.

Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia,* Civitas, Madrid, 2007.

Zamudio Arias, Rafael, *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional,* Poder Judicial de la Federación, México, 2011.

LITIGACIÓN Y ARGUMENTACIÓN.
EN AUDIENCIAS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO
de FRANK ALMANZA ALTAMIRANO
se terminó de imprimir en la ciudad de Lima en junio de 2021.