

LA IMPUTACIÓN DEL HECHO, INVESTIGACIÓN Y PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

César Rubio Azabache¹

I. Necesidad de la imputación

La garantía del juicio previo o de estricta jurisdiccionalidad, expresada en el axioma *nulla culpa sine iudicio*, implica que nadie puede ser condenado por un hecho sin que previamente haya sido vencido en juicio por el acusador ante un tribunal imparcial, es decir, garantiza al procesado la posibilidad de refutación y contradicción efectiva de la acusación y de la prueba que la sostiene². El proceso penal se estructura sobre la base de la separación de los poderes (Principio acusatorio), por un lado, el poder de *persecución y acusación* que compete al fiscal quien desde la perspectiva del principio de legalidad está obligado a desplegar la persecución penal –en los delitos de persecución pública- contra el imputado a quien se le *atribuye* la realización de una “conducta” penalmente relevante, por haber producido una lesión o puesta en riesgo ilegítima -injusto penal-. Para ello, el Estado a través del fiscal ejerce la acción penal en la *acusación* que consiste en la promesa de probar un hecho, respecto del que se inició una investigación, formalizada o no; así, por ejemplo, corresponde al fiscal la acusación contra Pedro por haber matado a Juan por una negligencia médica, etc. Por otro lado, el poder de *decisión* corresponde a un tribunal (unipersonal o colegiado) quien dirigirá el juzgamiento (dirección), estará en contacto directo con la fuente de prueba y el acusado (inmediación), a través de la oralidad en audiencias públicas (publicidad), y sólo dará por probados los hechos, y con ello enervada la presunción de inocencia, siempre que el fiscal logre probarlos más allá de toda duda razonable (imparcialidad). Del principio acusatorio, vinculado a la garantía de imparcialidad, se deriva también que el Juez no puede *aportar, modificar o corregir* hechos ni circunstancias al proceso, pues ésta es una facultad exclusiva del fiscal.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad César Vallejo- Trujillo. Estudio Rubio Azabache & Abogados.

² Como señala GUZMÁN, “...Conscientemente de que sólo una hipótesis sometida al contradictorio puede permanecer en pie con cierto grado de credibilidad (y con las certidumbres iniciales más importantes ya despejadas), no podemos consentir contemplativamente que el Estado se permita la aplicación de condenas sin ese paso previo e ineludible. Parece bastante claro cómo, de esta manera, se produce además una inversión de la garantía del in dubio pro reo; allí donde antes la duda era suficiente para la absolución, ahora lo es para la condena. Nunca estaremos seguros de la verdad de la hipótesis acusatoria, pero esa duda no obstaculizará la aplicación de la condena...” GUZMÁN, Nicolás, La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 162. FERRAJOLI: “... si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena...” FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Edit. Trotta, Madrid, 2009, p. 549

El “hecho” es la categoría que define no solo el inicio sino, además las diferentes etapas del proceso penal: ¿Qué se investiga?, ¿qué se acusa?, ¿qué se prueba?, ¿por qué se condena?, es así que ésta categoría se encuentra en el núcleo del proceso penal de manera necesaria e irrenunciable. La relevancia y necesidad del “hecho” o “imputación” resulta innegable, no solo porque sería inviable un proceso que prescindiera de él, en el que el fiscal no sepa lo que investiga, o por qué acusa, o qué debe probar; sino porque además devendría en ilegítimo ya que no sería posible conocer qué se imputa y, por tanto, sería imposible que el imputado ejerza defensa pues no sabría de qué defenderse convirtiéndola en ineficaz.

La necesidad de la imputación durante los últimos años ha sido abordada por la jurisprudencia nacional desde la perspectiva de cautela del derecho de defensa, es decir, la necesidad de garantizar el conocimiento al imputado de una imputación concreta. La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 (26.03.12), sobre Audiencia de Tutela de derechos e imputación suficiente, ha establecido que la tutela de derechos es el mecanismo para recurrir al juez cuando se ve afectado *el derecho de conocer con claridad los cargos imputados* en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria³. Así mismo ha establecido respecto a este derecho que: “...*tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación...*”⁴. Este derecho llamado también: “imputación suficiente”, asegura que la imputación debe ser formulada de la manera más clara y comprensible para el imputado quien sufre la persecución y de esta manera pueda preparar su defensa, sin que el Juez pueda ir más allá de una función exclusiva y limitadamente correctora disponiendo la sola subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP cuando el relato fáctico es formulada en términos genéricos, vagos e, imprecisos. Por ejemplo cuando se investiga la apropiación indebida de una suma indeterminada de dinero por parte del cajero de supermercado, falta la precisión de la(s) cantidad(es) de dinero y el período en el que se habría producido. No existe discusión en los límites del rol del juez, al no poder corregir, modificar o aportar hechos al proceso, sin embargo lo discutible es si, siendo la imputación necesaria una manifestación del derecho fundamental de defensa y siendo el juez el obligado a garantizar los derechos del imputado, entonces no debería exigirse que el control de la imputación deba realizarse solo a pedido de parte, sino que el mismo puede, incluso hacerse de oficio, cuando se le comunica la formalización de la investigación⁵.

³ En adelante DFYCIP

⁴ FFJJ 10

⁵ A diferencia de lo que sucede en el proceso penal chileno en el que existe una audiencia de formalización, el CPP no prevé esta audiencia y prescribe a la formalización como un acto comunicacional siendo exigible la notificación de la DFYCIP al imputado y remitir una copia al juzgado. En nuestro modelo, por tanto, el juez sólo ejerce control de la imputación si el imputado o su defensa lo solicita.

II. Funciones de la imputación

2.1. La imputación como garantía

El hecho como imputación o, en otras palabras: “lo que se atribuye al imputado”, se encuentra en la transversalidad del sistema de garantías que son formas prescriptivas, y no descriptivas, de lo que debe ser el proceso penal. Es así que la imputación del hecho influye en el sistema de garantías:

2.1.1. Nulla poena sine actione (Principio de exterioridad)

La condena solo puede imponerse por una conducta (acción u omisión) que tenga una exteriorización en la realidad. En un Estado constitucional no puede condenarse los pensamientos o inmoralidades, y menos por hechos inexistentes o supuestos, sino por hechos demostrados.

Existe una relación bi unívoca entre el *principio de estricta legalidad* y el *principio de exterioridad*, puesto que aquél exige el mandato de certeza de la prohibición, de manera que el hecho se torne en verificable, demostrable, en sentido contrario, los pensamientos, las intenciones no son verificables ni demostrables; por ello, la materialidad de la acción es un presupuesto de la verificabilidad de la acusación. Por ello, se vulnera esta garantía cuando la imputación de pertenecer a una organización criminal se sustenta en la mera relación amical del imputado con un miembro de la organización.

En ocasiones el juez se encuentra ante la necesidad de determinar la ocurrencia de hechos presentes y hasta de predecir la de hechos futuros. Así, por ejemplo, en un proceso por defectos de construcción, no hay nada extraño en solicitar que se practique un reconocimiento judicial o inspección ocular para que el juez compruebe la existencia de filtraciones de agua. Es evidente que, en ese caso, el juez se encuentra ante la necesidad de valorar la prueba de un hecho presente, evitando así buena parte de las dificultades epistemológicas propias del conocimiento de hechos individuales ya acaecidos. A ello debe añadirse la posibilidad, nada excepcional, de que deba determinarse la ocurrencia de un hecho futuro, de forma que se vincularán consecuencias jurídicas, en realidad, a la predicción de la ocurrencia de un hecho en un momento posterior. Así es, por ejemplo, en los procesos en que deba determinarse la existencia futura de un lucro cesante que sirva de fundamento a una *petitio* de indemnización de daños y perjuicios; o en los casos de

daños ambientales, en los que la responsabilidad alcanza los daños ya producidos y las consecuencias para el medio ambiente que se puedan prever, etc.⁶

2.1.2. Nullum iudicium sine accusatione (Principio acusatorio)

No existe juicio sin acusación de un hecho, sin hecho sometido a prueba. Al acusado se le formula acusación por una conducta que configura un injusto penal.

Este principio implica la separación de los poderes de un lado de persecución y acusación que corresponden al ministerio público, y por otro, de decisión que corresponde al juez. Es el fiscal quien define, describe de manera clara el hecho atribuido y en quien recae la carga de probar más allá de toda duda razonable. Al juez no le corresponde definir, precisar, variar o modificar el hecho imputado, pues el hacerlo implicaría la afectación del principio acusatorio.

La garantía de la separación de poderes representa, por un lado, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto de las partes de la causa; y por otro, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación.

2.1.3. Nulla iudicium sine defensione (Derecho a conocer los cargos imputados)

En el presente trabajo sólo haremos una breve referencia de una de las manifestaciones del derecho de defensa consistente en el “*derecho a conocer los cargos imputados*”.

La Constitución Política del Perú de 1993, en su art. 139°, 14, establece que: “*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.*”

⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi, op cit, p.32



El Código procesal penal de 2004, establece en su art. 71º, 2, a): el derecho: *“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”*

La Corte Suprema en el Acuerdo plenario N° 2-2012/CJ-116, ha establecido que *“la defensa se ejerce desde el momento de la imputación”*. (FF.JJ 10); *“...su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (artículo 71º. Inc. 2, a NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vid. Artículo 342º, 1 NCPP) tenga un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pueda tener lugar”* (FF.JJ 10)

La garantía del conocimiento de los cargos imputados se satisface cuando se hace la precisión del hecho y sus circunstancias, pero no cuando se hace solo una mera referencia a la hipótesis jurídica. Así, resulta de vital importancia hacer la distinción entre *cargos imputados* y la *calificación jurídica*; el primero de ellos está referido al hecho o conducta como manifestación de la personalidad que será el objeto de la investigación, de la acusación y del enjuiciamiento. Así constituyen ejemplos de imputación de cargos el atribuir al imputado haber amenazado con arma de fuego a la víctima para tener acceso carnal por vía vaginal; el coger el celular de la cartera de la víctima con fines de lucro, el ingresar a vivienda ajena sin autorización. Por el contrario, la calificación jurídica es la referencia al tipo penal en el que se subsume el hecho imputado como hipótesis normativa, cuya función será cumplir con las exigencias derivadas del principio de estricta legalidad garantizando que la persecución se dirija contra un hecho que al tiempo de su comisión constituya delito. Ejemplo: el delito de violación sexual (art. 170 del C.P.), el hurto (art. 185 C.P.) y la violación de domicilio (art. 159 del C.P.). Por ello, cuando el funcionario público (fiscal, o policía) informa al investigado o a su defensor que el cargo imputado es el delito de homicidio, por ejemplo, sólo hace referencia a la calificación jurídica pero aún no satisface la garantía del conocimiento de los cargos imputados, pues, falta la precisión del hecho o cargo en sentido estricto.

2.2. La imputación como objeto del proceso penal

2.2.1. En las diligencias preliminares e investigación preparatoria

2.2.1.1. ¿Quién define la imputación?

Por el principio de investigación oficial es el Fiscal quien persigue el delito y, por tanto, quien de manera exclusiva define el hecho en la DFYCIP, fijando así los límites de lo que será el objeto de la investigación⁷. A tal efecto rigen las reglas de pertinencia, utilidad, conducencia, licitud en la búsqueda de las fuentes de prueba, quedando excluidos aquellos actos de investigación orientados a obtener fuentes de prueba que no guarden correspondencia con los hechos. Por ejemplo, si se investiga un hecho constitutivo de violación sexual y el imputado fue intervenido en flagrancia delictiva con los instrumentos o medios comisivos, carece de pertinencia un allanamiento para obtener fuentes de prueba de la posible comisión de cualquier otro delito.

Aquí –como señala MIRANDA ESTRAMPES- cobra especial relevancia la distinción conceptual entre actos de investigación y actos de prueba. Los primeros, como regla general, no pueden ser utilizados como fundamento de la hipótesis fáctica de la sentencia. La presunción de inocencia solo puede ser destruida sobre la base de verdaderos actos de prueba practicados en el acto de juicio oral, salvo aquellos supuestos excepcionales de eficacia probatoria de las denominadas diligencias sumariales (actos de investigación), siempre y cuando en su práctica se haya respetado la garantía de la contradicción.⁸

La actividad investigativa, por tanto, consiste en *recabar, indagar, recoger* fuentes de prueba, y dicha actividad está íntimamente vinculada al hecho imputado en la DFYCIP, así, en el mismo ejemplo anterior constituye un exceso que de ser autorizada por el juez vulneraría el principio de proporcionalidad así como la inviolabilidad del domicilio. Otro ejemplo, de infracción de estos principios lo constituye el disponer una verificación fiscal con la estricta finalidad de averiguar la existencia de signos de riqueza, en una investigación por lavado de activos en la que se discute si el

⁷ El Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República (16.11.2007) en su fundamento 9 estableció que: “9. Como se sabe, el objeto del proceso penal –o, con más precisión, el hecho punible- es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio –eje de esa institución procesal- y de contradicción...”

⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004. Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, p. 15, disponible en: <http://www.incipp.org.pe>

imputado tenía conocimiento de que el dinero recibido en donación (\$50,000) tenía origen ilícito.

2.2.1.2. Variabilidad del hecho imputado

Una de las características de la descripción del hecho es su carácter “variable”, debido a la naturaleza de la primera etapa de investigación, indagación, ya que de acuerdo a los resultados de la actividad investigativa puede ir precisándose o modificándose la descripción fáctica inicial. En este contexto pueden aparecer dos supuestos en función a la aparición de nueva información que va modificando la imputación inicial:

La DFYCIP contiene la descripción de un hecho, si bien aún no definitivo, pues precisamente la investigación permitirá establecer con mayor concreción móviles, medios comisivos, entre otros. En este nivel solo se requiere de una sospecha inicial para formalizar la investigación, no es exigible un nivel de conocimiento mayor como el nivel de sospecha probable que es exigible en la acusación. En tal sentido, la DFYCIP puede contener un hecho formulado en nivel de conocimiento aún incipiente, no riguroso, pues de hecho la investigación recién inicia, sin embargo, no puede soslayarse que una condición para el ejercicio de la acción penal es la existencia de indicios reveladores de un hecho injusto (acción típica y antijurídica)⁹ y que la mayor o menor precisión también incide en el ejercicio del derecho de defensa.

La DFYCIP define el "hecho" a investigar, pues por un lado, desde la perspectiva de la persecución penal, permitirá establecer la estrategia —más o menos sofisticada- de investigación (sobre la base de información probatoria incluso apoyada en otras investigaciones); y por otro, asegura que el imputado conozca los cargos imputados y sobre esa base fáctica pueda defenderse e incluso realizar su propia investigación privada y plantear los medios de defensa que corresponda.

Primer supuesto: Modificaciones a aspectos centrales del hecho:

⁹ Seguimos la tesis bipartita del injusto, sin hacer depender la persecución a la concurrencia de culpabilidad, pues, en el proceso penal, fuera de los casos de menores de edad, si el agente no obra con culpabilidad se le impondrá una medida de seguridad.



Estas modificaciones afectan al núcleo central de la imputación, y están referidos a la individualización de autores, coautores y partícipes (instigadores y cómplices); el aporte de los intervinientes en la ejecución, la relación entre autor y bien jurídico; las cualidades especiales si se trata de un delito especial¹⁰; precisión de los medios comisivos y demás circunstancias que forman parte de la estructura del injusto¹¹. Ejemplo: se formaliza investigación contra Pedro por la violación de Ana, pero de la investigación se obtiene información que lo hizo con la intervención de Juan, en tal supuesto para poder ser incorporadas al proceso se requiere la ampliación de la DFYCIP a través de otra disposición.

Segundo supuesto: Modificaciones a aspectos circunstanciales o secundarios del hecho:

Estas modificaciones no afectan la estructura del injusto. Se encuentran relacionadas con los móviles; la edad del imputado, y otras circunstancias que, sin agravar la pena, pueden modificar la calificación jurídica (ejemplo: edad del imputado, y las circunstancias establecidas en el art. 46° del CP). No requieren ampliación de la DFIP para ser consideradas en la acusación fiscal.

2.2.1.3. Imputación y Excepción de improcedencia de acción: una mala praxis judicial

Como ya vimos, la imputación en el proceso penal sólo puede referirse a un hecho que constituye delito, y por ello, nadie más que el fiscal —ni siquiera el Juez— pueden definir lo que es objeto de "imputación". El Juez no puede ni debe imputar!!! Por ello, resulta una práctica contraria a la imparcialidad del juez aquellas decisiones judiciales que sobre la idea de que "la DFYCIP no contiene un hecho acabado y que incluso el fiscal puede modificarlo hasta la acusación fiscal" invoca circunstancias no contenidas o definidas como imputación por el Fiscal para rechazar, por ejemplo, una Excepción de improcedencia de acción en etapa de investigación preparatoria. Olvida el Juez que la definición de la imputación (hecho) corresponde al persecutor con su mayor o menor

¹⁰ La condición de funcionario público en los delitos contra la administración pública, la relación entre padre e hijo en el delito de parricidio, por ejemplo.

¹¹ No es lo mismo la mera sustracción que la sustracción mediante el empleo de violencia, pues ello también repercutirá en la calificación jurídica por una más grave.

precisión, pero el juez no puede suplirlo introduciendo ni hechos ni circunstancias no contempladas en la DFYCIP convirtiéndolo en un segundo persecutor o acusador¹². Ello torna en inoperativa esta excepción porque si bien se interpone a partir del hecho definido en la DFYCIP, sin embargo esta práctica judicial prefiere mantener en el tiempo sometido a proceso un hecho atípico con la expectativa que el fiscal lo convierta en típico. Esta práctica también genera indefensión, porque la defensa no solo se establecerá sobre la imputación del fiscal (previamente definida) sino que además debe defenderse de las modificaciones al hecho que posiblemente realice el juez desnaturalizando el proceso.

2.2.2. En la acusación fiscal: Principio de inmutabilidad de los hechos.

2.2.2.1. Hecho objeto de acusación

El Acuerdo Plenario N° 06-2009/CJ-116, de fecha 13 de Noviembre de 2009, establece que *“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 (expresamente, artículo 344°, 1 NCPP) (...)”*

¹² Así por ejemplo el auto de fecha 19 de setiembre de 2016, Exp. N° : 4229 – 2014 – 08, del Segundo Juzgado de investigación preparatoria de Trujillo, que declara Infundada la Excepción de improcedencia de acción, en la que señala: *“De lo antes expuesto, advierte el juzgador que, meridianamente, los hechos que postula Fiscalía en su formalización de investigación preparatoria si calzan dentro del tipo penal de usurpación agravada; aunado a ello es de hacer presente también a la defensa del procesado excepcionante la etapa en que nos encontramos, aún en una investigación preparatoria, por lo que encontrándose aun en una etapa incipiente (estando a la data también de la formalización), no se puede exigir una total contundencia en la imputación que –a nuestro entender– aún puede ser **materia de precisión** (tanto en los hechos como en los posibles roles que haya desempeñado el procesado) por Fiscalía en su requerimiento acusatorio de ser el caso. Este criterio es el que viene adoptando este Juzgador en el sentido que los hechos materia de formalización, e incluso, los que se hacen constar en la acusación son susceptibles de ser **precisados de manera correcta** lo cual no conlleva a la vulneración del principio de “inmutabilidad de los hechos” (ni vulneración al derecho de defensa), ya que precisamente **los desarrollos y progresividad del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto es posible que la valoración de un hecho al momento de la formalización, tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle”**, esto sin dejar de soslayar que los hechos han sido debidamente expuestos en acto oral de audiencia pública por el Ministerio Público quien ha **precisado** de qué manera se da el despojo a través de la violencia con las agravantes del artículo 204° del Código Penal ”.*

El CPP de 2004, en su art. 349º,2, establece que La acusación fiscal no puede referirse a hechos o personas no comprendidas en la DFYCIP, aunque se efectúen una distinta calificación jurídica.

El principio *Nulla iudicium sine acusatione* (no hay juicio sin acusación) implica la necesidad de un acusador y una acusación respecto de un hecho a probar en un juicio con las garantías de imparcialidad, oralidad, publicidad e inmediación. Aquí la exigencia de precisión de los cargos se acentúa pues se trata de un hecho que será sometido a prueba (en todas sus circunstancias principales y secundarias) y que, en caso de ser demostrado superando el estándar de la duda razonable, se impondrá una condena.

La acusación fiscal no puede referirse a hechos o personas no comprendidas en la DFYCIP y, de acuerdo a lo ya desarrollado, ésta prohibición está referida a aspectos centrales de la imputación, mas no a circunstancias secundarias, precisamente para garantizar el ejercicio de la defensa.

2.2.2.2. Calificación jurídica alternativa o subsidiaria

El artículo 349, 3 del CPP establece que el Fiscal podrá en la acusación fiscal señalar alternativa o subsidiariamente las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso en que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídico principal. Ello se sustenta en que debe darse la posibilidad al imputado de poder controvertir la calificación jurídica.

La acusación alternativa o subsidiaria tiene como antecedente próximo y principal el llamado principio de determinación alternativa –ahora denominado desvinculación procesal- que es un mecanismo procesal por el cual el Juez o el Tribunal realizan una readecuación de la calificación jurídica del acto ilícito que se persigue en el proceso estableciendo la correspondiente calificación jurídica de acuerdo con los elementos fácticos comprobados.¹³

Este supuesto se da cuando al mismo hecho aparentemente le es aplicable dos o más leyes penales, ejemplo: la pretensión principal

¹³ Casación N° 82-2012.Moquegua, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (15 de Abril de 2013).

puede ser por delito de feminicidio y la alternativa por parricidio; o en el caso de robo agravado y robo.

Sin embargo, quedan inhabilitados aquellos supuestos en los que el fiscal opta por incluir varios delitos evidentemente por una mala técnica o desconocimiento de la teoría jurídica; en estos casos corresponde al juez en la audiencia de control (formal) de acusación advertir dicho error y devolver la acusación.

2.2.3. El hecho y prueba en el juzgamiento:

2.2.3.1. La verdad procesal

El modelo acusatorio de corte adversarial propone un verdadero modelo de construcción de la verdad al interior del proceso penal, particularmente al interior del juicio oral, que se estructura en torno a la lógica del debate o a la competencia entre versiones o teorías frente a un tercero imparcial que es el tribunal, es decir, se establece como supuesto del modelo que, para aproximarse de la mejor manera posible a conocer realmente como ocurrieron los hechos que hoy se están juzgando en un juicio oral, se debe proceder estableciendo como base de ese acercamiento el control de la información que ingresará al juicio por la actividad de las partes involucradas.¹⁴

Se pueden distinguir dos modelos de averiguación de la verdad, por un lado, *el modelo procesal garantista o de estricta jurisdiccionalidad*, que puede llamarse *cognoscitivo*; y, por el otro, el *sustancialista* o de mera jurisdiccionalidad que puede llamarse *decisionista*¹⁵. El primero de ello, se orienta a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable y controlada, aunque necesariamente reducida y relativa. Corresponde a un modelo de derecho penal mínimo. La averiguación de la verdad procesal en el proceso cognoscitivo asegura la obtención de una *verdad mínima* en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio in dubio pro reo, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación.

¹⁴ MORENO HOLMAN, Leonardo, Teoría del caso, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2015, p. 21.

¹⁵ FERRAJOLI, Op cit, p. 540



El segundo está dirigido al descubrimiento de una verdad sustancial y global fundada esencialmente en valoraciones. Corresponde a un modelo de derecho penal máximo. Está orientado a la búsqueda de la verdad sustancial, que por eso se configura como una *verdad máxima*, perseguida sin ningún límite normativo en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas y al mismo tiempo o vinculada sino discrecional.

El modelo seguido en un sistema de enjuiciamiento de un Derecho penal democrático de derecho es el modelo cognoscitivo, que permite la refutación de la acusación. Según este modelo, los actos jurisdiccionales –incriminationes, mandamientos, pericias, informes, requerimientos, requisitorias,, alegatos defensivos, autos y sobre todo, sentencias,- constan, en efecto, de proposiciones asertivas, susceptibles de verificación y refutación, y de proposiciones prescriptivas, “justificadas”, “legitimadas” o “motivadas” por las primeras. Y esto requiere procedimientos de control mediante prueba y refutación, que sólo un proceso de partes fundado sobre el conflicto institucional entre acusación y defensa puede garantizar¹⁶.

La acusación fija el *thema probandum* y a la vez es delimitado en el auto de enjuiciamiento. Hay que precisar que no resulta apropiado hablar de la “verdad del hecho”, pues un hecho existe o no, pero no puede hablarse de él, en términos de verdadero o falso, pero sí si un hecho existió o no. Tampoco puede referirse a la demostración de un hecho que sucedió en el pasado, a lo mucho puede aspirarse más que a una reconstrucción mental del mismo. Lo que se ha de probar, entonces, es la veracidad de la afirmación acerca de la existencia de un hecho. El *tema probandum* estará conformado por todos los enunciados descriptivos de un hecho jurídicamente relevante para la decisión, sea éste el principal o uno secundario¹⁷.

La prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes. Y el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probados son verdaderas.¹⁸

¹⁶ FERRAJOLI, Op cit, p. 542.

¹⁷ GUZMÁN, Nicolás, op cit, p. 18

¹⁸ FERRER BELTRÀN, Jordi, La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 30.



Como sostiene BINDER, el valor político de la verdad se descompone en dos dimensiones claras: por un lado, dado que el juez debe hacer una afirmación verdadera (sobre los hechos del caso y sobre la pertinencia del derecho) nace, de esa obligación la exigencia del principio acusatorio, es decir, el juez debe exigir a los acusadores que lo convenzan (más allá de toda duda razonable, de un modo tal que el juez pueda decir que tiene certeza) de la verdad de su acusación. Esa es tarea de los acusadores y una de las grandes garantías de los nuevos sistemas. Esta exigencia es irrenunciable, porque la clave del proceso penal reside en la carga de la prueba de los acusadores y el principio *in dubio pro reo*. No obstante, ser proclamado por todos este principio, la práctica lo deje de lado permanentemente dado que *la mala presentación del caso por parte de los acusadores* es suplida por jueces que no quieren pagar el costo social de las absoluciones. Como vemos, un problema político, no de teoría de la verdad. Un problema político que se agrava por la falta de capacidad técnica, por la costumbre plañidera de los acusadores, acostumbrados a que los jueces cubran todos los agujeros de información y de argumentación, con grave perjuicio para el imputado. Por ello, litigar en un contexto de “verdad” implica, en primer lugar, sostener a rajatablas el principio acusatorio.¹⁹

Los actos de prueba están orientados a verificar el hecho, la pena y la reparación civil

2.2.3.2. Presunción de Inocencia y el estándar de prueba

La presunción de inocencia implica una doble consecuencia: i) el imputado debe ser tratado como inocente durante todo el proceso hasta que exista sentencia condenatoria firme; y, ii) como regla de enjuiciamiento impone la carga de la prueba al Estado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que quien acusa debe acreditar la culpabilidad a través de medios probatorios que le franquea el ordenamiento jurídico respectivo: “*El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización 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. Este derecho 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.*”²⁰

¹⁹ BINDER, Alberto, Prólogo de “Teoría del caso”, MORENO HOLMAN, Leonardo, op cit, , p.14.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párrafo 154.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8.2 establece que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*, y el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” en su art. 14,2 señala que: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley”*.

En las tradiciones jurídicas del derecho romano-germánico y del common law se ha hecho uso recurrente de dos estándares de prueba para el proceso penal: la íntima convicción y el “más allá de toda duda razonable”.

El primero de ellos establece que el acusador debe producir prueba hasta el nivel de causar la convicción firme del juzgador respecto de la ocurrencia de un hecho delictivo y la autoría del acusado. A decir de FERRER una formulación de este tipo sufre de graves problemas si se le pretende usar como estándar de prueba, presentando tres inconvenientes: 1) la propia formulación parece apelar a “certezas”, siendo que el problema fundamental radica en que ningún razonamiento inductivo puede justificar racionalmente conclusiones ciertas; 2) esta concepción de la prueba establece una conexión necesaria y suficiente entre la creencia del juzgador en p y la prueba de p ; con la consecuente idea que el juez es un sujeto infalible respecto de la determinación de los hechos (puesto que estos son, judicialmente, lo que el juez afirma que son); 3) estando a un estándar que apela a las creencias del sujeto que decide, éste tiene un carácter enteramente subjetivo que hace incontrolable su aplicación.²¹

En el derecho anglosajón es habitual ya desde hace un par de siglos formular el estándar de “más allá de toda duda razonable”, que tiene la ventaja de no hacer apelación a certezas de ningún tipo, reconociendo incluso la posibilidad de que una hipótesis probada suscite dudas en el juzgador, siempre que éstas no sean razonables²².

²¹ FERRER BELTRÀN, op cit, p. 145.

²² Los tribunales norteamericanos han hecho esfuerzos por definir el estándar de duda razonable, pero han dejado evidenciado también las dificultades para ello, pero han seguido dos criterios: el de *la vacilación para actuar* y el de *la certeza*. El primero de ellos refiere que prueba más allá de toda duda razonable significa prueba que es tan convincente que no vacilarían en confiar y actuar sobre ella al tomar las decisiones más importantes de sus propias vidas. El segundo criterio identifica el estándar con la idea de certeza como la firme creencia de estar en posesión de la verdad. LOPEZ MASLE, op cit, p. 153 y ss.

Sin embargo, no está exenta de críticas dada su componente subjetivo, pues para que un estándar de prueba pueda cumplir satisfactoriamente su finalidad debe tratarse de un estándar objetivo, es decir, debe estar formulado de manera que la determinación de si se ha cumplido o no sea independiente de las actitudes subjetivas del juzgador, resulta difícil de lograr con el estándar de “más allá de toda duda razonable”²³. Sin embargo, se trata de despsicologizar los estados subjetivos del juez como la *convicción* y la *duda*. Para ello, el juez debe exponer o exteriorizar las razones de la presencia o ausencia de duda, y que tiene que ver con el deber de motivar la sentencia. Solo cabe el control (procesa y extraprocesal) de lo público de lo publicado, no de lo que se enclaustra en el recinto mental del juzgador.

La regla del “más allá de toda duda razonable” compromete, en principio, un razonamiento singularmente articulado. En efecto, tomar como probada la hipótesis de la culpabilidad implica tres requisitos: resistir a los contraelementos de prueba aportados para falsarla; y excluir, a la vista del material probatorio disponible, cualquier otra hipótesis (favorable al imputado) mínimamente plausible. Por el contrario, una resolución absolutoria necesita, en principio, una fundamentación más simple: basta argumentar que, en presencia del cuadro probatorio disponible, no queda eliminada una hipotética reconstrucción de los hechos (indicando cuál es esa) que favorece al acusado.²⁴

Una de las razones por las que las diferentes versiones del estándar de más allá de toda duda razonable es que parecen tan vacías e insatisfactorias porque persisten en no hablar acerca de la estructura de la prueba o sobre el tipo de caso que la acusación debe presentar. En lugar de ello, estas interpretaciones tienen el único objetivo de centrarse en el estado mental de los miembros del jurado.²⁵

Siguiendo a FERRER BELTRAN²⁶ la propuesta de estándar de prueba penal que fijaría el nivel de exigencia de la hipótesis acusatoria en el momento final de la decisión sobre los hechos

²³ Sobre la necesidad de objetividad en los estándares de prueba véase: TARUFFO, Michele, Tres observaciones sobre por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, de Larry Laudan. En: *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, N° 28, p. 95, Universidad de Alicante, 2005, p.115 y ss.

²⁴ IGARTUA SALAVERRIA, Juan, El razonamiento en las resoluciones judiciales, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2014, p. 184.

²⁵ LAUDAN, Larry, Verdad, error y proceso penal, Marcial Pons, Madrid, 2013, p.89

²⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi, La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 147

probados del caso, es decir para considerar probada la hipótesis de culpabilidad, deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- 1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.
- 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

De forma general, estos requisitos exigen un grado muy alto de corroboración de la hipótesis acusatoria en un proceso penal. Ahora bien, el cumplimiento del estándar no garantiza en la no comisión de errores de ningún tipo. Dado que el estándar es muy exigente, es previsible que se cometan más errores del tipo falso negativo (absoluciones falsas) que del tipo falso positivo (condenas falsas). Pero tampoco estos últimos están excluidos incluso aplicando correctamente el estándar. Siempre será posible formular una nueva hipótesis alternativa compatible con la inocencia que hoy no imaginemos o que hoy no resulte plausible a la luz del estado actual del conocimiento, etc. Esto no es más que el reflejo del carácter inseguro del razonamiento inductivo.²⁷

2.2.3.3. La correlación entre acusación y sentencia

Solo pueden ser objeto del juicio y de la sentencia los hechos y circunstancias contenidos en la acusación, por tanto, la correlación o congruencia se refiere al sustrato fáctico de la acusación, no a la calificación jurídica, porque sólo en el primer caso se está poniendo en riesgo una adecuada defensa material del imputado²⁸. Del derecho a la defensa se deriva la prohibición de sorpresa, como manifestación que asiste a todo imputado.

Por el contrario, la calificación jurídica formulada en la acusación fiscal siempre es provisional, susceptible de error y, por tanto, objeto de corrección por parte del tribunal en la sentencia.

Toda sentencia supone la realización de operaciones valorativas diversas a partir de los hechos alegados por las partes. Cuando el juez recibe el material procesal de las partes, de los testigos o de los documentos, o cuando se

²⁷ FERRER BELTRÁN, op cit, 148.

²⁸ HORVITZ LENNON, María, Derecho Procesal Penal chileno, T II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 341.

fabrica él mismo el juicio sensible se encuentra simplemente al comienzo de su actividad. No tiene todavía más que la materia prima, que espera a través de una larga cadena de subsunciones, ha sido acertadamente analizada y descrita con frecuencia; consta de la apreciación de las pruebas, del enlace de los hechos probados con los supuestos de hecho, de la comparación del supuesto de hecho que se ha obtenido con el hipotético supuesto de hecho de la ley.²⁹

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 sobre Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales (16 de Noviembre de 2007), ha establecido que el principio de correlación entre acusación y sentencia exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal; y el término de comparación a efectos de congruencia procesal, se establece entre la acusación oral que el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente.³⁰

2.2.3.4. Posibilidad de inclusión de un hecho nuevo o nueva circunstancia principal

Excepcionalmente durante el enjuiciamiento, el fiscal puede incorporar a través de una acusación complementaria, un hecho nuevo o nueva circunstancia siempre que modifique la calificación jurídica o integre un delito continuado. La referencia a “hecho nuevo” o “nueva circunstancia”, se encuentra vinculada a la idea que no debe haber sido conocida por el fiscal en etapas anteriores al juicio. Ahora bien, tratándose de que estos hechos o circunstancias nuevas pueden modificar la gravedad del injusto, de manera que la consecuencia penal sea más grave que la inicialmente planteada; quiere decir que solo puede estar referida a *hechos o circunstancias sustanciales* referidas al núcleo de la imputación; v.gr: el hecho objeto de acusación se refiere a un homicidio simple, sin embargo del testimonio del perito médico y demás testimonios se produce información que la muerte del agraviado se realizó con ensañamiento. Esta nueva circunstancia que de verificarse en el juicio, definitivamente agrava la calificación jurídica de un homicidio simple a homicidio calificado, y por tal razón requiere de dar la posibilidad a la defensa a refutarla a través de otra prueba y sus correspondientes alegaciones. Por ello, el art. 374,3 impone la obligación de recibir la declaración del imputado (acto de defensa) -se entiende siempre que quiera declarar por

²⁹ CLIMENT DURÁN, Carlos, La Prueba penal, T I, 2da edición, Tirant lo blanch, 2005, p. 74.

³⁰ FFJJ 8

imperio del derecho a la no autoincriminación- y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. De lo que se trata es de asegurar el derecho de defensa y el contradictorio.

Queda excluida la incorporación de un hecho que configure un injusto distinto e independiente (v.gr. Concurso real, como violación a persona distinta o lesiones inferidas al mismo agraviado pero producidas en otro momento histórico y que no fueron objeto de acusación). Las circunstancias secundarias que no afectan la estructura del injusto, y por tanto, no otorgan gravedad al hecho objeto de enjuiciamiento, no requieren de una acusación complementaria, y el juez puede darlas por probadas para un mejor entendimiento del caso en sentencia.

2.2.3.5. Desvinculación procesal

Se refiere a la potestad que tiene el juez de juzgamiento al advertir, durante la actividad probatoria, la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público; en tal caso debe advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Si bien es inmutable el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate –plantear la tesis de desvinculación- la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad- no una circunstancia de atenuación, en el que sólo rige la nota de tipos legales homogéneos: que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configuran sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal- o justifique la imposición de una medida de seguridad, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación³¹.

La calificación jurídica propuesta por la fiscalía, si bien debe ser también controvertible por la defensa, siempre es provisional pues es al juez a quien corresponde, respetando el hecho, la aplicación correcta de la norma jurídica. En ese contexto surgen casos en los que el fiscal propone en la acusación una calificación jurídica errónea, por ejemplo: homicidio calificado por ferocidad, cuando del “hecho” y de los debates se aprecia que en realidad se trataba de “gran crueldad”. En este supuesto el juez al advertir esta calificación debe proponer la tesis de desvinculación para que sea refutada por la defensa, que en buena cuenta no implica una mutación del hecho, sino en la calificación jurídica. Condición *sine qua non* para la aplicación de la tesis de la

³¹ Acuerdo plenario N° 4-2007/CJ-116, FFJJ 11

desvinculación es el sometimiento a contradictorio y al pronunciamiento de la defensa.