

EL REEXAMEN DE LOS MEDIOS DE PRUEBAS EN JUICIO ORAL

Roberto Cáceres Julca¹

TEMA: Dentro de los alcances del principio de economía procesal, los ordenamientos jurídicos oponen seria resistencia a la admisión y actuación probatoria que no se condiga con el objeto del juicio.

Por tanto, el numeral 4) el artículo 155 del CPP precisa que: Los autos que decidan sobre la admisión de la prueba puede ser objeto de reexamen por el Juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

PROBLEMA: ¿Es posible que el Juez de Juzgamiento de oficio o a pedido de parte, efectuó un reexamen de las pruebas admitidas en etapa intermedia en la estación prevista en el numeral 2) del artículo 373 del CPP?”

El reexamen se presenta como un conflicto entre principios de funcionamiento del juicio oral y reglas estructurales del proceso penal y la incidencia en la protección del derecho de defensa sus garantías: prueba idónea, derecho a defensa efectiva, debido proceso: exclusión de prueba lícita y/ prohibida, etc.

Las reglas de funcionamiento del proceso penal contiene la determinación del ámbito de los factico y jurídicamente posible.

Las reglas o procedimientos se sostienen en normas que pretenden otorgarle racionalidad y previsibilidad al sistema procesal penal, nos permite completar cada uno de los niveles estratificados del proceso penal en forma coherente, de modo que desde un enfoque estructural (conformadas por normas antecedente y consecuente) establecen las condiciones en las que se aplica determinada norma.

Esto nos lleva a preguntarnos si el Código Procesal Penal respecto al reexamen permite una interpretación bajo un sistema abierto (tesis amplia) o cerrado (tesis restringida).

I. EL REEXAMEN

“(…) el reexamen constituye un mecanismo procesal destinado a cuestionar la regularidad del auto que se hubiera pronunciado sobre la admisibilidad de la prueba, durante la etapa intermedia (Art. 155.4 CPP de 2014)”.²

¹ Ponencia presentada en el Pleno Jurisdiccional Distrita Penal y Procesal Penal 2017, Callao.

² ORE GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano, Análisis y comentarios al Código Procesal Penal, Tomo II, Gaceta Jurídica, junio 2016, pág. 374.

La lógica del reexamen buscar el respeto del principio de igualdad de armas, del derecho de defensa, el principio de contradicción y del debido proceso.

Este reexamen se centra en la omisión, o defecto en la admisión de un medio probatorio, que no fuera objeto de un debido control por parte del juez de la investigación preparatoria. Estamos ante un incidente procesal que debe promoverse por la parte procesal perjudicada por la admisión del medio probatorio al inicio del juzgamiento, en los términos del artículo 28.3 literal b) del CPP.³

A. MEDIOS DE PRUEBA QUE PUEDEN SER OBJETO DEL REEXAMEN

Son objeto de reexamen la admisión de:

- Los manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución (Art. 155.2 CPP)
- Que sea manifiestamente impertinente, inconducente y no útil (355.5 b).
- La admisión de medios de prueba que recaigan sobre máximas de la experiencia, leyes naturales, la norma jurídica interna vigente de conocimiento público, lo imposible y lo notorio (Art. 156. 2 CPP).
- Se incorpore como medio de prueba aquello es objeto de convención probatoria. (Art. 156.3 CPP).
- Se incorpore medios de prueba que vulneren derechos fundamentales (prueba prohibida) o reglas de procedimiento (prueba ilícita) (Art. VIII. 2 TP del CPP).

II. TESIS AMPLIA

El reexamen bajo la tesis amplia es un mecanismo por el cual el juez unipersonal o el colegiado pueden realizar un nuevo examen de los medios de prueba admitidos e inadmitidos en fase intermedia por el juez de la investigación preparatoria.

Estamos ante una cuestión procesal que debe planteada al inicio del juicio oral por parte de la parte procesal perjudicada por la admisión del medio de prueba indebidamente admitido, ya sea que haya sido observado por la defensa en el acto de postulación o no, siendo en este último caso observado por el juez al constituir un acto procesal viciado de nulidad absoluta.

³ Resolver los incidentes que se promuevan durante el curso del juzgamiento.

Si bien el artículo 155.4 CPP no indica que el reexamen pueda ser de oficio, este procede cuando el juez de la causa observe vicios de nulidad absoluta, si se trata de vicios subsanables conectados a los medios de prueba.

Construir una tesis amplia respecto del reexamen implica encontrar fundamentos interpretativos, en principios o normas que permitan sostener que el juez unipersonal o el colegiados, según sea el caso pueda reexaminar los medios de prueba admitidos en fase intermedia por el juez de la investigación preparatoria.

Encontramos estos fundamentos en los principios de concentración, celeridad y economía procesal prevista en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil y en el artículo 356.1 del CPP, así como el derecho de defensa establecido en el artículo 139.14 de la Constitución y artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal (defensa efectiva).

El juez a cargo del juicio oral tiene facultades ampliar de ordenación procesal (Art. 375.4 CPP- *conducir regularmente*) para aplicar los principios de **concentración, celeridad y economía procesal**, así como el derecho de defensa.

A. El principio de inmediación.

El TC en el Exp. N° 02738-2015-HC indica que “mediante este se asegura que *“la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia*, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria” (STC N° 0849-2011-HC/TC)”.

En la STC 2201-2012-PA/TC este Tribunal recordó que la actuación y la valoración de la prueba personal, en su relación con el principio de inmediación, presenta dos facetas: una personal y otra estructural:

La primera, que se refiere a los datos relacionados con la percepción del juez, lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso, etc., no es susceptible de supervisión y control en apelación, es decir, no puede ser variada. La segunda, cuyos datos se refieren a la estructura racional del contenido ajeno en sí mismo a *la percepción sensorial del juzgador*, sí puede ser fiscalizada y variada. En este contexto el relato fáctico que el juez asume como hecho probado no siempre es inmutable, pues a) puede ser entendido o apreciado con manifestó error o de modo radicalmente inexacto; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo, o c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

El principio de inmediación puede verse afectado en su faceta estructural, cuando la percepción sensorial del juzgador se altera por actuación probatoria dispersar los temas, diversa en cantidad y cuya calidad probatoria no es pertinente, conducente o útil para centrar el debate probatorio.

“La inmediación, así, es una garantía de corrección, que evita los riesgos de valoración inadecuada a causa de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y, que en el caso de las pruebas personales, permite apreciar no solo lo esencial de una secuencia verbal trasladada a un escrito por un tercero, sino la totalidad de las palabras, y el contexto en que fueron pronunciadas. Esto es, permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales y no verbales del **declarante** y de terceros”.⁴

Visto así la inmediación puede afectarse cuando la diversidad y cantidad de información que se actúa, ocasiona que el juez incurra en un error al valorar hechos o circunstancias que se desprendan de los medios de prueba actuados que sean manifiestamente sobreabundantes, impertinente, inconducente y no útil.

B. El principio de celeridad procesal

Busca que la duración del proceso sea la necesaria para que éste sea útil para llevar a cabo los actos procesales necesarios, es decir, la evitación de la actuación de medios de prueba que puedan prolongar innecesariamente el juicio oral.

SÁNCHEZ VELARDE indica que “la celeridad procesal aparece como un principio dirigido a la actividad procesal, sea del órgano jurisdiccional como del órgano fiscal, a fin de que las diligencias judiciales se realicen con la prontitud debida, dejando de lado cualquier posibilidad que implique demora en el desarrollo y continuidad del procedimiento. Desde la perspectiva del justiciable o de las partes en general, puede invocarse el mismo principio aún cuando es posible su exigencia a título de derecho, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”.⁵

Es una reclamación de las partes por justicia a tiempo, el Fiscal quiere evitar que la demora en la tramitación de la causa genere prescripción, el imputado quiere terminar con la tensión que significa no saber cuál es su situación jurídica.

C. El principio de concentración

Es la reunión de todas las actividades procesales dirigidas a la discusión de los medios de prueba, de modo que su actuación debe concentrar el número necesario y razonable de actos procesales, en el menor número de diligencias

⁴ Exp. N° 02738-2014-PHC/TC, Lima, 30 julio 2015, fund jur 13.

⁵ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; Manual de Derecho Procesal Penal. IDEMSA, Lima, 2004, págs. 286, 287.

posibles, lo que ayuda a la mejor comprensión de los temas discutidos, lo que evita distraer al juez sobre ámbitos o circunstancias, cuyo examen no se centra en aquello que es objeto de prueba, en los términos previstos en el artículo 156.1 del CPP:

“Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito”.

El principio de concentración, no admite aquella actividad procesal que extienda el marco probatorio, hacia aspectos, que no ayuden a la mejor comprensión del objeto de prueba.

En consecuencia cuando la actuación de medios de prueba distraiga al juez de apreciar directa e indirectamente el objeto de prueba, esto es, genere interrupciones, intervalos que dificulte la comprensión de los hechos materia de acusación, el juez aplicando las facultades de ordenación procesal podría hacer un reexamen de aquellos que notoriamente sea inútiles, impertinentes e ilícitos.

D. El principio economía procesal

Este principio exige economía en el tiempo de realización de los actos procesales. Así el tiempo dedicado a los medios probatorios debe ser proporcional al objeto del proceso, de manera tal que no sea irrazonable el plazo que se dedica a la actuación de los medios de prueba.

“El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia”.⁶

El principio de economía procesal adquiere categoría de principio general de carácter político-procesal por sus aplicaciones concretas, a saber: a) economía financiera del proceso; b) simplificación y facilitación de la actividad procesal.

La facilitación de la actividad procesal busca evitar actuaciones procesales innecesarias, que extiendan o dilaten proceso penal, de manera que con el mayor resultado posible, con el empleo necesario de la actividad procesal.

Es sobre estos principios que se desarrolla la tesis amplia la que permite el reexamen, el problema de la tesis amplia es que el juez de juzgamiento asume algunas funciones del juez de investigación preparatoria.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-037/98 Santafé de Bogotá, D.C., 19 de febrero 2008

Se afecta el principio acusatorio (distribución de roles), pues los jueces (como el Ministerio Público) de investigación preparatoria (intermedia), Juzgamiento y Tribunal de apelación, tienen funciones predeterminadas en cada estación o etapa procesal conforme CPP, LOPJ y Constitución.

E. Derecho de defensa- defensa ineficaz

El derecho de defensa es un derecho fundamental que hace posible las demás garantías del debido proceso, por tanto, es un presupuesto objetivo del acceso a la justicia, al procurar la igualdad de posiciones entre el imputado, su defensa y el Ministerio Público y los otros sujetos procesales en el juicio oral.⁷

El derecho de defensa comporta una garantía objetiva y otra subjetiva, que en sentido amplio comprende el derecho a un juicio público, en igualdad de armas,⁸ defensa procesal efectiva⁹, derecho a postular los medios de pruebas, derecho a contradecir los medios de prueba planteada con la acusación.

El derecho a la asistencia letrada eficaz es una garantía específica del derecho de defensa, "el derecho a la defensa letrada no se agota en la designación de cualquier abogado defensor, sino que debe ser una defensa efectiva".¹⁰ "De modo que solo es válida aquella defensa que esgrima fundadamente la antítesis de la acusación (...) Cuando más ineficaz es la antítesis, mayor es la posibilidad de que el tribunal juzgue erróneamente. De este modo que entre la idoneidad de la defensa y la justicia del pronunciamiento judicial existe una íntima relación".¹¹

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 30 de mayo de 1999, caso Petruzzi vs. Estado Peruano señaló que toda persona tiene derecho a una **defensa adecuada**, por lo que la presencia o actuación de un defensor meramente formal constituye un estado de indefensión.

⁷ Para MAIER, "el derecho de defensa resulta garantizado en cualquier juicio y no tan sólo en lo penal, según hemos visto, conviene aclarar que el procedimiento penal tampoco se limita a la protección del imputado, sino que también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él. Nos referimos fundamentalmente, al actor civil y al tercero civilmente responsable". MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 543.

⁸ "El principio de igualdad de armas ha de estimarse cumplido cuando en la actividad procesal, tanto el acusador como el imputado gozan de los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación". GIMENO SENDRA Vicente, et alt. Op. cit., pág. 80.

⁹ "Abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987.

¹⁰ STC Exp. N° 01860-2009-PHC/TC, f.j.11, Publicada en la página web del TC el 22/06/2010. Gaceta Constitucional N° 63, marzo 2013, pág. 143

¹¹ JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del imputado. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2007, pág. 157, 159.

Visto así la defensa letrada efectiva, es una garantía del correcto desenvolvimiento del proceso, la que no es sinónimo de defensa técnica, pues “tener defensor nombrado no es contar ya, con defensa en el enjuiciamiento. (...) no se trata, pues, de cualquier defensa- nominal- sino de una verdadera defensa – como verdadera debiera ser la satisfacción de cualquier derecho humano-, es preciso convenir sus rasgos característicos, que demandarían independencia, suficiencia, competencia, plenitud de oportunidades y proveer los medios para que la haya. De lo contrario, la tutela de los derechos humanos del procesado tropezara una y otra vez con las deficiencias de la defensa, que se traducen, en fin de cuentas, en violación del derecho mal disimuladas por un ejercicio aparente, que no resiste el menor análisis”.¹²

En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando dice “el Tribunal recuerda que el Convenio tiene por finalidad “proteger los derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos, y que el nombramiento de un abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado”.¹³

CAFFERATA NORES indica que “(...) la mera existencia del defensor suele ser insuficiente por sí sola para garantizar el principio de igualdad de armas en el proceso penal, en la medida que sólo produce una “igualdad formal”. Más aún, el equilibrio propio de la igualdad de armas exige una actividad profesional diligente y eficaz. A tal punto que, si no hay defensa eficaz estamos frente a un abandono implícito de la defensa, con la posibilidad de sustitución del abogado y la eventual nulidad de todos los actos procesales cumplidos”.¹⁴

El ámbito en que adquiere mayor connotación la asistencia letrada para defender los derechos constitucionales del imputado, es mediante el ejercicio de una defensa procesal efectiva, lo que implica fijar una posición técnica jurídica, controlando en fase intermedia la admisibilidad de los medios de prueba ofrecidos por la Fiscalía y el actor civil.¹⁵

La Corte Suprema en la Casación N° 864-2016- DEL SANTA, señala que:

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 7 de setiembre de 2004, Caso Tibi vs. Ecuador, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.

¹³ STEDH N° 795/1998 de 21 abril de 1998, FJ. 12.

¹⁴ CAFFERATA NORES, José. Proceso Penal y Derechos Humanos. Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 118.

¹⁵ “El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un *abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser puesto en un estado de indefensión*”. STC Exp. N° 01919-2006-PHC/TC, f.j.3, Publicada en la página web del TC el 01/09/2010. Gaceta Constitucional N° 63, marzo 2013, pág. 142

5.14. “La indefensión no solo se produce cuando se priva a las partes de manera irrazonable o desproporcionada de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se sitúe a una de ellas en posición prevalente sobre la contraria; sino también cuando el procesado no cuenta con una defensa eficaz, materializada en la falta de un defensor con los conocimientos jurídicos que exige el caso para la etapa respectiva”.

5.15. Si durante la audiencia el Juez advierte que el abogado defensor del imputado, no ejerce una defensa adecuada y mínima de los derechos e intereses de su patrocinado, debe advertir a las partes de dicho proceder y suspender la sesión a efecto de evitar supuestos de indefensión que vicien de nulidad a las etapas posteriores. Que el imputado se encuentre asistido por un abogado, no constituye fundamento suficiente para presumir la defensa eficaz, tanto más si el representante del Ministerio Público, como defensor de la legalidad, advirtió en el presente caso una manifiesta indefensión formal en la que se hallaba el imputado. El Juez es quien conoce el Derecho, y es el Juez quien debe velar para mantener, en cualquier momento de la causa la igualdad entre las partes”.¹⁶

Es del caso que el juez de la investigación preparatoria pueda percatarse de una defensa ineficaz, por parte del letrado quien no contradice (se opone a la admisión de medios de prueba de la Fiscalía o del actor civil) que sean:

- Sobreabundantes o de imposible consecución (Art. 155.2 CPP).
- Que sea manifiestamente impertinente, inconducente y no útil (355.5 b).
- La admisión de medios de prueba que recaigan sobre máximas de la experiencia, leyes naturales, la norma jurídica interna vigente de conocimiento público, lo imposible y lo notorio (Art. 156. 2 CPP).
- Se incorpore como medio de prueba aquello es objeto de convención probatoria. (Art. 156.3 CPP).
- Se incorpore medios de prueba que vulneren derechos fundamentales (prueba prohibida) o reglas de procedimiento (prueba ilícita).

En estos casos, en los que no existió un control de admisibilidad por defensa ineficaz, la que tampoco ha sido realizado por el juez de investigación preparatoria, puede el juez del juzgamiento realizar un control de los medios de prueba que hayan sido admitidos indebidamente, ya que si permitiera su actuación en juicio oral, los actos procesales llevados a cabo pueden verse afectados de

¹⁶ La Casación N° 864-2016- Del Santa, Sala Penal Permanente, Lima 27 de septiembre 2017.

nulidad absoluta en tanto afecten el derecho de defensa efectiva, el principio de igualdad de armas y contradicción.

III. TESIS RESTRICTIVA

La tesis restrictiva indica que el reexamen sólo se admite respecto de los medios de prueba inadmitidos, ello se fundamenta en el principio de legalidad procesal, principio de preclusión y el principio general del derecho que establece: donde la ley no distingue no debemos distinguir.

Dicho de otro modo, sólo procede un reexamen negativo de los medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control de acusación (prueba sobreabundante, prueba pericial, etc.) (Art. 155.4 CPP), el juez escuchando a la parte proponente la “especial argumentación”, las que deben ser debatidas por las partes a efectos de determinar si la prueba reexaminada corresponde ser admitida para su actuación en juicio (art. 373.2 del CPP).

A. Principio de legalidad procesal

El principio de legalidad es un principio-derecho que pretende otorgarle racionalidad y previsibilidad al sistema procesal penal.¹⁷ FERRAJOLI, erige al principio de legalidad como uno de los principios axiológicos fundamentales de un sistema penal garantista distinguiendo una doble vertiente. “Mientras que el axioma de **mera legalidad**, se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y el delito, el **principio de estricta legalidad** exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal; gracias al primer principio la ley es condicionante, gracias al segundo es condicionada”.¹⁸

El principio de legalidad se proyecta sobre el derecho penal y el derecho procesal penal. La Casación N° 25-2009- Arequipa, Lima, 13 de junio de 2010, fundamento quinto señala que:

¹⁷ “(...) el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el poder legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. (...) en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. Por tanto, resulta claro que **la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional** frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. **El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales**”. Exp. N° 2289-2005-PHC/TC. Lima, 16 de mayo de 2005.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trota, Madrid, 2000, pág. 95.

El principio de legalidad procesal, reconocido en el artículo I, apartado dos, del Título Preliminar del NCPP (establece que) la ley es la que en primer lugar informa y es la fuente primordial del ordenamiento procesal penal. Si ésta define acabadamente la situación procesal pertinente, **si no existen lagunas jurídicas, entonces, no cabe acudir a otra norma en vía supletoria o de integración analógica**".

Una de las garantías del principio de legalidad es el principio de analógica o extensiva *in malam partem* y de taxatividad de las normas que garantiza que espacios de maniobra en la individualización del significado y el ámbito de las normas penales y procesales sea racionales y previsibles.

El artículo VII. 3 Título Preliminar del CPP. Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal señala que:

"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".

El artículo VII. 3 Título Preliminar del CPP prevé dos prohibiciones: i) la ley que coacte el ejercicio de los derechos procesales y; ii) una interpretación extensiva mientras no favorezca el ejercicio de los derechos del imputado.

El ejercicio de derechos procesales exige que los actos decisorios sean firmes, sea que la cuestión suscitada se decida a iniciativa de cualquiera de las partes o, eventualmente del juez, ello trae como consecuencia que el derecho que la parte adquiere cuando se declara admisible un medio de prueba, no puede ser revisado, sino tiene un vicio de nulidad absoluta.

Es del caso que la Ley no puede limitar el ejercicio del derecho a la cosa juzgada, sin que se vea afectado otros derechos fundamentales o procesales de las partes, lo cual limita la posibilidad que reexaminar medios de prueba ya admitidos.

Asimismo debe analizarse si cabe una interpretación extensiva en contra del imputado. Al respecto el Tribunal Constitucional español señala que:

"Desde la perspectiva constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos

de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobados todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas”.¹⁹

La interpretación extensiva que afecta al imputado, puede darse como consecuencia que el reexamen sea sobre medios de prueba admitidos a la defensa del imputado, pues el reexamen en abstracto puede aplicarse a todos los medios de prueba ofrecidos por las partes en fase intermedia.

Por ultimo requiere analizarse el principio de legalidad en su garantía *lex certa*, la cual exige analizar el test de previsibilidad. “El “test de previsibilidad implica constatar que la norma delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad que puede ejercer la autoridad y se definan las circunstancias en las que puede ser ejercida con el fin de establecer las garantías adecuadas para evitar abusos”.²⁰

Corresponde a la luz del test de previsibilidad, el analizar si es posible una interpretación del instituto del reexamen que sea compatible con el principio de legalidad, esto supone que su justificación deba basarse en una necesidad imperiosa y urgente de realizar el reexamen sobre medios de prueba ya admitidos.²¹

El principio de necesidad es una *regla de decisión* en la que se analiza la no existencia de una medida alternativa de similar o igual efectividad de aquella que se pretende imponer, si existiera esta, debe elegirse aquella que comporte una menor lesión a derechos que se pretende restringir.

La pregunta es si existe una alternativa cuando menos de igual afectividad al reexamen, considero que sí, primero aplicar la inutilización de la prueba prohibida y la prueba ilícita o la no valoración de los medios de prueba sobreabundantes o de imposible consecución, impertinente, inconducente y no útil, segundo, analizarse el efecto de la medida, esto es, ello implica si cabe que una resolución del juez del juicio oral se pronuncie sobre un auto que tiene la calidad de cosa juzgada.²²

B. Principio general del derecho: no se debe distinguir donde la ley no distingue

¹⁹ SSTC 189/1998 y 43/1999. Madrid.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia caso López Mendoza vs. Venezuela del 1 de setiembre de 2011.

²¹ Al respecto Tribunal Constitucional señala que: “(...) que si se pretende una restricción a esos derechos, se debe exigir a la ley restrictiva algo más que una mera "racionalidad" en su necesidad: esta necesidad debe ser imperiosa y urgente”. Exp. N° 02-2001-AI/TC. Lima, 4 de abril 2001, fund jur. 11.

²² Así “no basta con que la medida y el motivo que la justifiquen estén previstos en la ley, sino también resulta imprescindible que objetivamente se justifique para obtener de los fines constitucionales que la legitiman (...) debiendo adoptar, en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental”. GIMENO SENDRA, Vicente. “La necesaria reforma de la prisión provisional”. Revista Peruana de Derecho Procesal N° VI, Lima, 2003, pág. 117.

La Casación N° 251-2012-La Libertad, del 26 de septiembre del 2013 que se pronunció sobre la libertad anticipada (Art. 491.3 CPP) fundamento jurídico 3.1

“En tal sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha pronunciado en la sentencia casatoria número ciento ochenta y nueve guión dos mil once, que estableció: “(...) **al no estar reglada la Libertad anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, existe impedimento normativo para que el juez la otorgue; (...) no procede su aplicación, en tanto no exista regulación específica motivada con fundamentos constitucionales al respecto, que no colisionen con los derechos constitucionales, referidos al principio de legalidad, de cosa juzgada y de tutela jurisdiccional efectiva, previstos en el artículo dos, acápite veinticuatro, inciso d) y el artículo ciento treinta y nueve, incisos dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente**”; por consiguiente, **no se puede pretender distinguir ahí donde la ley no distingue**”.

La Casación N° 708-2016- Moquegua, del 13 setiembre de 2016, fundamento jurídico sexto señaló respecto de la prórroga que:

“*Cuando el Fiscal solicita prolongar, prorrogar o ampliar la prisión preventiva*, persigue una única finalidad, cual es la de extender, ampliar, dilatar, continuar, prolongar el plazo de detención, hasta el límite máximo que establece el inciso uno del artículo doscientos setenta y cuatro del Código Procesal Penal; en consecuencia, **la resolución con tal interpretación está vulnerando el principio jurídico “no se debe distinguir donde la ley no distingue”, y contra el principio de legalidad procesal**”.

No existe presupuesto material para requerir la prórroga de la prisión preventiva porque dicho presupuesto no está regulado en el Código Procesal Penal, y la Sala **no puede exigir la aplicación de un presupuesto inexistente, tanto más si esta sólo regula la figura de prolongación**”.

El Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2017- Adecuación del plazo de prolongación de la prisión preventiva, señala en el fundamento jurídico 23 doctrina jurisprudencial vinculante:

“Luego, **lo que la ley no prevé, el juez no puede conceder**. El principio de legalidad procesal exige esta interpretación estricta”.

Aplicando el principio general de derecho donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir (*ubi lex non distinguit*), podemos señalar que el artículo 155.4 del CPP no ha especificado si se reexamen es sobre medios de prueba admitidos o inadmitidos, por lo que no podemos realizar el reexamen si la norma procesal no lo prevé, por lo que no podemos delimitar o completar el contenido de la norma con una interpretación discrecionalidad, ya “los tipos formulados en forma tan abierta que

su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el sentido estricto de la palabra, de los jueces y Tribunales”.²³

C. Principio de preclusión

El principio de preclusión o de eventualidad recogido en el artículo 151.3 del Código Procesal Penal, señala que el proceso se desarrolla por etapas, concluida una etapa o fase se pasa a la siguiente sin posibilidad de retrotraerse a la fase concluida.

CHIOVENDA entiende que “la preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluido a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o en general, actos procesales”.²⁴

El ámbito de aplicación del principio de preclusión recorre toda la tramitación del proceso, sea en materia postulatoria de la pretensión penal, probatoria o impugnatoria. De este modo “la preclusión se articula con el orden progresivo de las actuaciones procesales. Si ésta tiene una escala que significa cumplir los actos en los periodos asignados, ello significa que el transcurso de una fase para perseguir a otra consume la oportunidad y extingue el tiempo disponible para hacerlo”.²⁵

La preclusión “origina tres posibilidades diferentes: en la primera, puede suceder que se pierda la alternativa o facultad de alegar por haber transcurrido la oportunidad otorgada en los plazos del procedimiento. Aquí la preclusión castiga la inercia del interesado, dándole por perdida la ocasión. En segundo término, si un acto procesal se cumple en una etapa equivocada queda privado con ello de obrar adecuadamente en la instancia en curso; se habla entonces, de preclusión por extinción. Con ella, el error impide regresar reparando el equívoco. También aquí la preclusión opera como sanción al descuido. Finalmente, la preclusión actúa por consumación cuando ya se hubiera ejercido válidamente la facultad de que se trata y se persigue reiterar el mismo acto. Cumplido, no es posible repetirlo aún bajo el pretexto de mejorar o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera contingencia”.²⁶

Es del caso que una vez emitida el auto en el extremo que admiten medios probatorios, el principio de preclusión limita los casos en los que se puede volver a analizar un acto procesal firme a aquellos que apunta a que el acto procesal sea

²³ RODRÍGUEZ MOURULO, Gonzalo; Comentarios al Código Penal; Madrid, Editorial Civitas; 1997; Tomo I, pág. 146.

²⁴ CHIOVENDA. Principios de Derecho procesal civil. Tomo II. Editorial Reus. Madrid, 1923, pág. 396.

²⁵ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Derecho procesal constitucional. El debido proceso. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004, pág. 507.

²⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Ob. cit., pág. 507.

recurrible sólo a través del medio idóneo para ello, si este no existe de modo expreso, su interpretación a favor no tiene base legal.