



DOCTRINA PRÁCTICA

El principio de pertinencia en la investigación del delito

Liza Ramos Dávila**Universidad Científica del Sur*

“Uno tiene que buscar siempre alguna alternativa posible, y prepararse a su respecto. Es la primera norma de la investigación criminal”.
El regreso de Sherlock Holmes, A. Conan Doyle.

SUMARIO

1. Introducción.— 2. El punto de partida de una investigación penal.— 3. La autonomía del Ministerio Público: Más allá de la mera enunciación del artículo 158 de la Constitución Política.— 4. La relevancia, la pertinencia y la razonabilidad al servicio de la investigación del delito.— 5. El principio de pertinencia en función del tipo de acto procesal y de la naturaleza del hecho.— 6. Fundamentos para extender la aplicación del principio de pertinencia a la fase de investigación.— 7. Ideas finales.— 8. Referencias bibliográficas.

**RESUMEN**

Para la autora, principio de pertinencia — propio de la actividad probatoria— puede ser incluido como una pauta de la fase de investigación, con el objeto de racionalizar y tornar en eficiente el ejercicio de la persecución penal. Fundamenta su posición en criterios de orden normativos, estratégicos, garantistas y económicos.

Palabras clave: Investigación penal / Actividad probatoria / Principio de pertinencia.

Recibido: 21-11-16

Aprobado: 06-12-16

Publicado en línea: 02-01-17

**ABSTRACT**

For the author principle of relevance-own of the activity evidentiary-, can be include it as guideline of the phase of research, to streamline and render in efficient exercise of the prosecution; based its position on criteria of order policy, strategic, garantistas and economic.

Keywords: Criminal investigation / probative activities / principle of relevance.

Title: *The principle of relevance in the investigation of the offence*

* Profesora de derecho penal de la Universidad Científica del Sur. Socia de Ramos Dávila Consultores & Abogados.

1. Introducción

El sistema penal, como sistema de regulación de la conducta humana, establece qué conductas son consideradas delito, qué consecuencias acarrea su comisión, y cuáles son los presupuestos de su sanción.

Para determinar si un delito ha sido cometido, la responsabilidad penal subyacente así como la sanción correspondiente; se requiere, a su vez, de un subsistema de verificación de afirmaciones y validación de pretensiones que posea un alto nivel de acierto y un mínimo margen de error. Este subsistema es la “actividad probatoria”, cuya noción esencial es la prueba.

El CPP regula la prueba como un “derecho” de naturaleza compleja, como una “actividad” y como un “resultado”; y, en todas estas manifestaciones hay una serie de principios que los sujetos procesales deben respetar y —en particular el juez— hacer respetar.

Entre los principios que regulan la actividad probatoria podemos mencionar los principios de pertinencia, conducencia, utilidad, licitud y preclusión¹.

¿Al ser el principio de pertinencia un principio propio de la actividad probatoria, corresponde incluirlo como pauta de la fase de investigación? Creemos que sí, y en lo que sigue fundamentaremos por qué.

1 La *STC N.º 010-2002-AI/TC* estableció los principios que informan la actividad probatoria. El ámbito de protección fue luego precisado por la *STC N.º 6712-2005-HC/TC*.

2. El punto de partida de una investigación penal

¿Cuál debería ser el elemento percutor de una investigación penal? Pues, un hecho penalmente relevante, desde luego. Algunas preguntas de comprobación nos pueden ayudar a identificarlo: ¿Estamos ante un suceso de la naturaleza o ante un comportamiento humano? Si es un comportamiento humano, ¿corresponde a alguna de las conductas descritas como delito en el Código Penal? Identificado este aspecto, ¿se presenta alguna causa de ausencia de acción? En este estadio el principio de legalidad juega un papel fundamental.

Ahora bien, puestos ante un hecho de apariencia delictiva, las preguntas que un fiscal suele plantearse son: ¿Qué investigar?, ¿cómo investigar?, ¿a quién investigar? Para responder estas preguntas debe existir, al menos, un objeto de investigación definido. Este objeto debe ser un suceso material verificable en el tiempo y en el espacio, esto es, un hecho penalmente relevante.

La adquisición de conocimiento con relación al hecho penalmente relevante es siempre progresiva; y, en ese sentido, la mayor o menor aproximación al hecho y a sus circunstancias dependerá del método que se opte y de la observancia de determinados criterios que tienen que ver con la: a) relevancia, b) pertinencia, y c) razonabilidad.

No todos los métodos ni todos los actos de investigación son adecuados en

todos los casos. De allí que el CPP reconozca la autonomía del fiscal para discernir la mejor estrategia de investigación según el caso (art. 65.4). Recordemos que el éxito de una investigación fiscal no tiene que ver solo con cifras frías o metas de productividad, sino sobre todo con fines constitucionales, derechos fundamentales; y si se quiere, con recursos del Estado que deben aprovecharse del mejor modo posible.

Imaginemos el siguiente caso: Se produce un asalto en una academia de yoga situada en las afueras de la ciudad. Esta es visitada por ciudadanos extranjeros que pronto llaman la atención de delincuentes de la zona. Cierta día, y cuando veinte alumnos de la academia hacían sus rutinas de rigor, un grupo de tres encapuchados ingresa a la academia, portando armas de fuego y amenazando a los presentes con usarlas en caso que estos no entreguen sus pertenencias. En un momento de descuido, uno de los presentes intenta arrebatarle el arma a uno de los atacantes y luego de un breve forcejeo, el arma se percute y el proyectil sale con dirección a la cabeza de una de las alumnas, quien fallece instantáneamente.

Cuando los familiares intentan retirar el cuerpo para darle sepultura, el fiscal a cargo sostiene que ello no es posible pues es necesario retener el cuerpo “hasta que culminen las investigaciones”, y ello podría durar dos meses aproximadamente.

El suceso nos plantea un hecho penalmente relevante; pero analicemos la decisión particular del fiscal: ¿Es razonable esta medida? ¿Es pertinente de cara a los fines de su investigación?

El ejemplo nos plantea serias dudas sobre los criterios de pertinencia

o razonabilidad. Debido a la importancia de estos criterios, el Tribunal Constitucional ha dictado pautas para el ejercicio de la investigación penal, tal como se aprecia en la reconocida sentencia emitida en el caso *Sánchez Miranda*, según la cual, “[e]l fiscal no debe investigar al azar, para ver qué se encuentra, sino que se debe partir de una hipótesis basada en hechos específicos para determinar su verosimilitud o no a lo largo de la investigación. En un Estado constitucional no se debe tolerar pesquisas e indagaciones (fiscales o policiales) indeterminadas o sin hechos precisos”².

IMPORTANTE

El principio de pertinencia está estrechamente relacionado con la teoría del caso que maneje el fiscal y con su estrategia de investigación; [...] la pertinencia es un criterio que el juez debe tener en cuenta para la actuación de las diligencias que sean propuestas por las partes.

Lo anterior es tanto más necesario en cuanto que el Ministerio Público es defensor de la legalidad, lo cual lo compromete y hace de su responsabilidad que la investigación incurra en arbitrariedad.

2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03987-2010-PHC/TC*, Lima: 2 de diciembre del 2010, voto de los magistrados ETO CRUZ y ÁLVAREZ MIRANDA, ff. jj. n.ºs 45 y 46.

3. La autonomía del Ministerio Público: Más allá de la mera enunciación del artículo 158 de la Constitución Política

Además de la legalidad, cuya tutela tiene por función, el Ministerio Público posee un atributo que lo diferencia de muchas instituciones estatales: su autonomía. En ejercicio de esta autonomía, los fiscales tienen la potestad de discernir cuáles son las materias investigables y así equilibrar el alcance de sus investigaciones, pues no es cierto que deba investigarse a toda costa, y menos aún que deba investigarse cualquier cosa³. Precisamente por eso, desde las diligencias preliminares se establece que el fiscal puede “calificar” la denuncia. El art. 334.1 del CPP no dice “tramitar”.

Por esa razón se sostiene, en un intento por reivindicar su función e importancia, que el “Ministerio Público no es una mesa de partes”, que “el fiscal es el titular de la acción penal”, y que le corresponde al Ministerio Público la “conducción de la investigación del delito”. Estas frases deberían dotarse de contenido día a día y en cada caso concreto.

Por ello, al elaborar el presente artículo reflexionamos sobre la larga y ardua lucha política que ha significado dotar

al Ministerio Público de autonomía, ya que parece irónico que esta se trivialice en medio de investigaciones sin ninguna estrategia, sin objetivos claros, o peor aún, a merced de sujetos que denuncian falsedades, por venganza u otros intereses subalternos, pero que aun así logran que un fiscal ponga en funcionamiento la maquinaria estatal de persecución, sin una previa evaluación crítica de lo que recibe como *noticia criminis*.

4. La relevancia, la pertinencia y la razonabilidad al servicio de la investigación del delito

Estos tres principios son fundamentales para la eficacia y eficiencia de la investigación del delito, pero además para garantizar su validez. El criterio de *relevancia* funciona como punto de partida cognoscitivo⁴. Aquí, es el tipo penal el que selecciona comportamientos comisivos u omisivos relacionados con el incumplimiento de una norma de mandato o de prohibición. El criterio de *pertinencia* funciona como “puente”, es decir, la respuesta al problema de cómo unimos el objetivo de la investigación con los métodos para lograr tal objetivo. Finalmente, tenemos el criterio de *razonabilidad* que constituye una guía para el camino en la adquisición de conocimiento, de manera tal que no se vulneren derechos fundamentales o se incurra en absurdos o en arbitrariedades.

3 “El fiscal no debe investigar al azar para ver qué encuentra, sino que debe partir de una hipótesis basada en hechos específicos para determinar su verosimilitud”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 3987-2010-HC/TC*, Lima: 2 de diciembre del 2010, f. j. n.º 45.

4 Sobre la relevancia jurídica entendida en sentido dinámico y como punto de partida, ver TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002, p. 104.

4.1. Relevancia penal

La relevancia representa un criterio de selección de los hechos que deberán ser determinados en el proceso. La fuente para determinar qué hecho es relevante o no es la propia norma⁵ que define qué conductas tienen contenido penalmente relevante.

Se puede considerar un freno de orden garantista⁶, pero sobre todo se trata de un “filtro de orden epistemológico”⁷

5 Cfr. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 103.

6 En el voto de los magistrados ETO CRUZ y Álvarez Miranda, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 03987-2010-HC/TC*, f. j. n.º 18, se vincula la relevancia jurídico penal con el respeto por la presunción de inocencia: “[Q]ueda 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 [El resaltado es agregado]”.

7 “El primer momento en el que entra en juego la regulación jurídica de la prueba es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso. En todos los ordenamientos este problema se resuelve mediante la aplicación combinada de dos criterios: uno, típicamente lógico, es el de la *relevancia de la prueba*; el otro, típicamente jurídico, es el de su *admisibilidad*. Entre esos dos criterios hay un orden lógico según el cual la prioridad corresponde al de la relevancia: así, si una prueba es irrelevante no tiene sentido preguntarse si es o no jurídicamente admisible, ya que su adquisición sería en todo caso inútil: en consecuencia, el

que, como veremos, funciona de manera complementaria con el principio de pertinencia. Así, mientras que la *relevancia* nos indica cuáles hechos deberán ser identificados y probados; la *pertinencia* nos indica cómo han ser probados, es decir, con qué medios de prueba⁸.

IMPORTANTE

En función al criterio de razonabilidad, toda decisión adoptada en el marco de una investigación será legítima siempre que sea necesaria para la consecución de los objetivos de la persecución estatal. En ese sentido, las actividades innecesarias serán superfluas, y si son superfluas, ordenarlas será arbitrario. En otras palabras, las decisiones especiales y concretas que se toman para abrir una investigación penal deben de ser las necesarias.

En ambos casos es necesario hacer una evaluación hipotética sobre la prueba con el objetivo de enfocar la actividad probatoria y excluir material que no guarda relación con el objeto de prueba⁹. Aquí la distinción radica en que, mientras que para la *relevancia* la valoración se centra en el hecho a probar; para la *pertinencia*, la valoración apunta a los medios que servirán para probar tal

criterio de admisibilidad opera únicamente en el sentido de excluir del proceso pruebas que serían relevantes para la determinación de los hechos inocencia [El resaltado es agregado]”, TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 364.

8 Ver más en TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 103.

9 Ver más en *ibid.*, p. 366.

o cual hecho. La adecuada conjunción de estos principios abonará en una actividad probatoria eficiente.

4.2. Pertinencia

El principio de pertinencia nos habla de una relación lógica entre el medio de prueba y el hecho por probar¹⁰. En función de este principio, el operador penal, sea fiscal investigador, policía instructor o juez, debe apreciar la relación lógica que debe guardar la fuente de prueba o el medio de prueba con aquello que constituye objeto de prueba¹¹.

El principio de pertinencia está estrechamente relacionado con la teoría del caso que maneje el fiscal y con su estrategia de investigación; y tiene una presencia importante en el Código Procesal Penal¹². Además, y conforme al D.

Leg. N.º 1206 que modifica el art. 72.2 del Código de Procedimientos Penales —vigente en Lima—, la pertinencia es un criterio que el juez debe tener en cuenta para la actuación de las diligencias que sean propuestas por las partes¹³.

en el procedimiento de nulidad de transferencias (art. 15); como componente del derecho a la defensa técnica en la aportación de medios de investigación y de prueba al proceso (art. 84.5); como requisito de procedencia para la ampliación de declaración del imputado (art. 86.1); como criterio para el control de las preguntas que se formulen en los interrogatorios (arts. 119.2 y 170); como principio para la admisión de medios probatorios por parte del juez (art. 155); como guía para la realización de comprobaciones en el marco del procedimiento de control policial de identidad (art. 205.1); como principio orientador para la decisión judicial de levantamiento de secreto bancario (art. 235) y reserva tributaria (art. 236.1); como criterio para variar una medida de protección adoptada en la investigación preparatoria o fase intermedia (art. 250.2); como principio orientador para el ofrecimiento y admisión de medios de prueba en la fase intermedia (arts. 350.1.g., 351.3 y 352.5.b.); como guía judicial para el control de las alegaciones en el juicio (art. 363) y para el control de los interrogatorios (art. 378.4); como regla para la formulación de preguntas al acusado y testigos en el juicio oral (art. 376.1.c. y 378.2); como criterio para la oralización de la prueba documental (art. 383.3); como pauta el ofrecimiento de pruebas que tengan por finalidad la revocación de beneficios en el procedimiento de colaboración eficaz (art. 480.2.b); pauta para evaluar la demanda de extradición (art. 521.3).

10 “En consecuencia, prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso. Prueba impertinente es la que evidentemente no tiene vinculación alguna con el objeto del proceso, en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal”, TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lima: Academia de la Magistratura, 2009, p. 54.

11 Conforme lo estipula el art. 156.1 del CPP, objeto de prueba: “1. 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 [...]”.

12 Como componente del derecho a la defensa y a la prueba, pues faculta la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. IX del TP); como criterio para el ofrecimiento de pruebas

13 Conforme al art. 72 del CdePP, “1. La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización. 2. Durante la instrucción el Juez actuará las diligencias que sean propuestas por las partes, siempre que

El principio de pertinencia está vinculado con el principio de utilidad. Lo anterior se puede graficar mejor con la siguiente pregunta: ¿Consideran los operadores penales que para investigar con eficiencia un asesinato producido en pleno partido de fútbol tienen que citar a todos los espectadores que acudieron al Estadio? La respuesta inicial es que tal proceder no asegura el éxito de la investigación, sino por el contrario, lo perturba y hasta podría conducir a su fracaso.

Algunas malas prácticas que afectan el criterio de pertinencia en una investigación penal son, por ejemplo:

- a) En las incautaciones: la incorporación irreflexiva de material claramente irrelevante para la investigación¹⁴.
- b) En las incautaciones: la selección de elementos de convicción bajo el criterio de “ojo de buen cubero”. Ello, lamentablemente para la fiscalía

resulten pertinentes, conducentes y útiles, dentro de los límites de la Ley. [...] (artículo modificado por el art. 3 del D. Leg. N.º 1206, publicado el 23 de setiembre del 2015). En el ámbito jurisprudencial, el *Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CJ-116*, del 6 de diciembre del 2011, sobre la “apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual”, dedica su fundamento 30 al principio de pertinencia.

14 En caso de que se trate de documentos, se presenta un inconveniente adicional con esta mala práctica; y es que el recurso humano de la Fiscalía, (asistentes o fiscales adjuntos) tienen que foliar y firmar cada página de la abundante documentación que ha sido incorporada sin respetar el criterio de pertinencia; con lo cual, la carpeta tendrá abundantes anexos, pero muy poca información relevante/ pertinente para la teoría del caso del fiscal.

y perjudicialmente para los demás actores, revela una ausencia total de estrategia de investigación.

- c) Disponer diligencias siguiendo plantillas o formatos preestablecidos pese a que no se ha realizado una imputación fáctica que justifiquen tales diligencias.
- d) Ordenar diligencias que no guardan relación con el hecho que se investiga, ni con el periodo investigado.
- e) Programar diligencias sin la debida motivación de su pertinencia o conducencia respecto al hecho que se investiga.
- f) En la programación de declaraciones: Citar a colectivos o grupos de personas sin individualizar el potencial aporte que cada testigo habrá de brindar al caso¹⁵.
- g) Citar al gerente general o presidente del directorio en lugar de citar al representante legal cuando lo que se pretende es obtener la versión oficial de la empresa. En algunos casos, para forzar la presencia del gerente general en las diligencias dispuestas en sede fiscal se alega los arts. 27 y 314-A del CP.

15 En algunos casos, a partir de denuncias de parte que involucran a empresas o empresarios, se dispone la asistencia de todo el directorio para que cada uno de ellos acuda a rendir su declaración. En otros casos se denuncia la comisión de un delito en el que habría participado un funcionario de segundo o tercer orden; sin embargo, las citaciones involucran incluso al gerente general.

- h) Ordenar pericias de manera genérica, sin precisión de las interrogantes técnico-científicas que se han de absolver.
- i) Realizar diligencias por orden del fiscal superior, como consecuencia de un recurso de elevación de actuados, sin analizar la necesidad o pertinencia de las diligencias ordenadas, bajo el argumento de que se sigue el criterio de la jerarquía.

Lo anterior revela, además de la infracción del criterio de pertinencia, la ausencia de una estrategia de investigación y un lamentable dispendio de recursos humanos.

4.3. Razonabilidad

En función al criterio de razonabilidad, toda decisión adoptada en el marco de una investigación será legítima siempre que sea necesaria para la consecución de los objetivos de la persecución estatal. En ese sentido, las actividades innecesarias serán superfluas, y si son superfluas, ordenarlas será arbitrario. En otras palabras, las decisiones especiales y concretas que se toman para abrir una investigación penal deben de ser las necesarias.

En sede de investigación preliminar, este principio insta a que las investigaciones iniciadas sean las necesarias en atención a la existencia de causa probable. En atención a este criterio, el Tribunal Constitucional ha señalado que resulta “irrazonable el hecho de que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o ju-

dicial. 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”¹⁶.

Téngase en cuenta que iniciar una investigación penal supone poner a funcionar toda la maquinaria de persecución estatal, así que este emprendimiento debe valer la pena.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el criterio de razonabilidad del siguiente modo: “La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos (Exp. N.º 0006-2003-AI/TC. f. j. n.º 9)”¹⁷.

16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5228-2006-PHC/TC*, Lima: 15 de febrero del 2007, f. j. n.º 8.

17 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1803-2004-AA/TC*, Huancayo: 25 de agosto del 2004, f. j. n.º 12.

Según la jurisprudencia constitucional colombiana, mientras que la *razonabilidad* hace relación a lo constitucionalmente admisible, la *racionalidad* hace relación a la conexidad¹⁸.

4.4. El respeto por el derecho de las personas

Otro límite a la investigación del delito es de naturaleza negativa, y según este, la actividad estatal no debe vulnerar los derechos de las personas. Tanto la razonabilidad como el respeto a los derechos fundamentales pueden diluirse:

- a) Si el operador penal decide iniciar una investigación cuando es evidente que no existe causa probable.
- b) Si el operador penal decide investigar hechos y personas no relacionados con el caso denunciado.
- c) Si el operador penal excede sus atribuciones en el entendido de que puede tomarse especiales licencias o atribuciones solo porque supuesta-

mente busca fines más excelsos (la verdad) o bienes de protección más necesaria.

Si un operador penal orienta y dirige su actuación partiendo de alguno de los tres escenarios planteados estaremos ante una clara expresión de intervención arbitraria del Estado con vulneración del derecho de las personas.

¿SABÍA USTED QUE?

La diferencia entre los actos de investigación y los actos de prueba ha sido claramente expuesta en diversos artículos académicos; pero en la práctica y sobre todo en el imaginario forense, ambas categorías se confunden y entrecruzan como si el proceso fuese una línea continua sin etapas que precluyen.

5. El principio de pertinencia en función del tipo de acto procesal y de la naturaleza del hecho

La diferencia entre los actos de investigación y los actos de prueba ha sido claramente expuesta en diversos artículos académicos¹⁹; pero en la

18 Jurisprudencia Constitucional colombiana (C-530 de 1993): “La [razonabilidad] apunta a una finalidad legítima mientras que la [racionalidad] apunta a una finalidad lógica. Una —la primera— hace alusión a la coherencia externa, esto es, con los supuestos de hecho; la otra —la segunda— hace alusión a la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural. Por último, lo razonable es de la esfera de la lógica de lo humano —material—, mientras que lo racional es de la esfera de la lógica formal. (C-530 de 1993)”. LÓPEZ STERUP, Henrik, “Discriminación en la Jurisprudencia Constitucional de Colombia”, en *Revista Reportes Andinos*, n.º 9, Universidad Andina Simón Bolívar, abril del 2004, p. 5. Recuperado de <bit.ly/2gSPyLN>.

19 En Perú, CHINCHAY CASTILLO sostiene que el juez no va al juicio a averiguar qué paso. El juicio oral es una fase de demostración o de generación de certezas en el juez sobre una versión de los hechos. CHINCHAY CASTILLO, Alcides, “CPP de 2004 y sus elementos necesarios. La imputación necesaria en el precedente vinculante del R. N. N.º 956-2011-Ucayali y el dibujo de ejecución en la investigación fiscal”, en *EMP. Escuela del Ministerio Público*, Lima: 2011, p. 21. Recuperado de <bit.ly/2gHrJF7>.

práctica y sobre todo en el imaginario forense, ambas categorías se confunden y entrecruzan como si el proceso fuese una línea continua sin etapas que precluyen.

Mientras que los actos de investigación están dirigidos a generar una hipótesis o versión sobre determinados hechos; los actos de prueba constituyen una validación o demostración de la versión de una de las partes. Con todo, incluso en la etapa inicial de generación de hipótesis, o de construcción de afirmaciones, el principio de pertinencia debería ser una pauta orientadora.

La aproximación al hecho puede diferir si atendemos a la naturaleza del hecho imputado. Así, no será lo mismo exigir el mismo nivel de aproximación si se trata de “hechos comunes” que pueden ser fácilmente aprehensibles por los sentidos, o si se trata de “hechos institucionales”²⁰ que precisan elementos jurídicos para su adecuada interpretación. En el caso de “hechos institucionales” se requerirá un mayor esfuerzo de fundamentación. Lo mismo podría decirse sobre los denominados “hechos complejos”²¹, es decir, aquel que tiene varios componentes, o también, aquel que está constituido por varios hitos en el tiempo.

En adición a lo anterior, resulta adecuado distinguir entre un hecho

desde el punto de vista naturalístico y un hecho desde el punto de vista normativo. Desde el punto de vista naturalístico, un hecho representa una porción de realidad; es un hecho en bruto que se traslada al proceso para —junto con otros componentes— configurar un elemento del enunciado normativo. Desde el punto de vista normativo, un hecho constituye un constructo que viene compuesto por varias porciones de realidad, pero que precisa de la norma para su comprensión y valoración dentro del proceso.

6. Fundamentos para extender la aplicación del principio de pertinencia a la fase de investigación

Pero regresemos a la pregunta, ¿el principio de pertinencia debe ser exigible también en la fase de investigación? A continuación un desarrollo de los fundamentos.

6.1. Fundamento de orden normativo

El art. 155.2 del CPP establece lo siguiente: “Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo *podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley* [El resaltado es agregado]”. En el mismo sentido, el art. 352.5 señala como decisiones adoptadas en la audiencia preliminar, “5. La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere: a) que el acto probatorio propuesto sea *pertinente, conducente* y útil [el resaltado

20 Sobre la distinción, ver TARUFFO, *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 111.

21 Cfr. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 144.

es agregado]”²². Es decir, el derecho a que se admitan medios probatorios no es ilimitado. Está sujeto a los requisitos de pertinencia, conducencia, oportunidad, legitimidad, utilidad, y que no sean manifiestamente excesivos²³.

El principio de pertinencia cobra mayor relevancia cuando quien incorpora elementos de convicción es el propio representante del Ministerio Público, pues sus actuaciones deben ser motivadas. Así lo exige el art. 122.5 del CPP que establece que “[l]as disposiciones y los requerimientos deben estar motivados [...]”; de manera que, si a los defensores se les exige fundamentar sus pretensiones y alegaciones, ¿por qué los fiscales habrían de estar exentos del cumplimiento de este principio?²⁴ Más aún, si existe una

sanción de inadmisibilidad contra las pruebas impertinentes ofrecidas por la defensa, ¿por qué no debería procederse del mismo modo con las actuaciones impertinentes ordenadas o realizadas por el fiscal? Sobre el particular, el fundamento jurídico 26 de la sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 6712-2005-PHC/TC, ofrece una posición imparcial: la sanción de inadmisibilidad es para las partes, y no exclusivamente para la defensa²⁵.

Sin embargo, no es extraño que los fiscales omitan fundamentar la pertinencia de las diligencias que ordenan, o que recurran a una motivación aparente que se agota con la transcripción del artículo del Código Procesal Penal.

Frente a una crítica como esta, se suele alegar que los fiscales actúan con

22 A su vez, el art. 155.2 se complementa con el art. 337 del CPP según el cual: “1. El Fiscal realizará las diligencias de investigación que considere *pertinentes* y útiles, dentro de los límites de la Ley [El resaltado es agregado]”. Además, el principio de pertinencia encuentra amparo legal en el art. IX.1 del TP del CPP, que prescribe que “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a [...] utilizar los medios de prueba *pertinentes*”.

23 *Vid.* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC*, Lima: 17 de octubre de 2005, f. j. n.º 26.

24 “De ello puede desprenderse que uno de los derechos que conforman el derecho al debido proceso es el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales. En efecto, este derecho se constituye en una garantía del denunciante del ilícito penal frente a la arbitrariedad fiscal, *que garantiza que las resoluciones fiscales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados fiscales, sino en datos objetivos que proporcione el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso*. Asimismo,

este derecho obliga a los magistrados fiscales a resolver la pretensión de la parte denunciante de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate fiscal. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestada la pretensión penal, o el desviar la decisión del marco del debate fiscal generando indefensión, constituiría vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y también del derecho a la motivación de las resoluciones fiscales [El resaltado es agregado]”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03379-2010-AA/TC*, Lima: 9 de marzo del 2011, f. j. n.º 5.

25 “En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos”. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Lima: Grijley, 2003, p. 817.

independencia de criterio y con ello se zanja la discusión; pero justamente eso es lo que se reclama: *criterio*. Asimismo, cuando el art. 61.1 del CPP habla de *independencia de criterio* no se refiere a actividades caprichosas ni carentes de justificación, sino a un criterio objetivo que, para la incorporación de elementos de convicción, está referido a los principios de pertinencia, legitimidad y utilidad.

CONCLUSIÓN MÁS IMPORTANTE

El principio de mínima intervención penal en sede de investigación preliminar impone la necesidad de que las investigaciones iniciadas sean las necesarias en atención a la existencia de causa probable. [...] Un criterio que ayudará a racionalizar y a tornar en eficiente el ejercicio de la persecución penal es el criterio de pertinencia.

6.2. Fundamento de orden estratégico

El ejercicio de la actividad probatoria del fiscal debe estar orientado por una estrategia adecuada al caso, de conformidad con pautas, técnicas y, siempre, respetando los derechos fundamentales y la regularidad de las diligencias (art. 65.4 CPP).

Una actuación fiscal a) sin estrategia de investigación, b) sin actuaciones pertinentes y conducentes, y c) con disposiciones inmotivadas, es expresión de irrazonabilidad y arbitrariedad. Recordemos que, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional, la actuación

fiscal no puede ser ejercida irrazonablemente²⁶; de manera que, con el fin de optimizar los recursos de la persecución penal, la actuación de la Fiscalía ha de ser objetiva y tener un norte claro. El fiscal podrá cambiar de objetivo o depurar o cambiar las hipótesis de trabajo a medida que la investigación avanza, pero ello, en modo alguno significa adoptar la actitud del “mono con metralleta”, expresión empleada por el fiscal CHINCHAY CASTILLO²⁷ para referirse a las investigaciones que no llevan a ninguna parte, es decir, aquellas que más que sentido estratégico revelan una actuación mecánica e inflexible. En este ejercicio estratégico el fiscal ha de contar con su brazo operativo que es la policía²⁸.

26 El art. 159 de la Constitución “ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales, destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como dispone el artículo 159, inciso 5, de la Constitución. Si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido, y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 5228-2006-PHC/TC, Lima: 15 de febrero del 2007, f. j. n.º 3.

27 CHINCHAY CASTILLO, Alcides, “La pericia y la prueba pericial”, en *EMP. Escuela del Ministerio Público*, Lima: agosto del 2012. Recuperado de <bit.ly/2hAPHnm>.

28 “El fiscal debe instruir a la unidad policial no solo sobre qué actos de investigación debe realizar sino también qué información específica debe inquirirse de cada fuente”, CHINCHAY CASTILLO, Alcides, “CPP de 2004

Por la sanidad del proceso penal se requiere que la investigación del delito tenga un enfoque estratégico, que se traduzca en la optimización de los recursos de la investigación del delito y que gire siempre en torno a objetivos claros y coherentes.

6.3. Fundamento de orden garantista

La investigación del delito es una actividad estatal que, en ocasiones, precisa del elemento coerción para lograr sus fines²⁹. Así, los fiscales y policías, para cumplir su función en la investigación del delito, están facultados para hacer uso de la coerción.

De allí que las diligencias —en estricto las declaraciones— se dispongan con una advertencia de coerción: orden de conducción compulsiva en caso de inconcurrencia. Imagínense, pues, si esa potestad de ejercer la coerción está sujeta al cumplimiento de una orden (asistir a una diligencia) que no obedece a ningún criterio de pertinencia.

Según el Tribunal Constitucional, constituye una expresión de conducta obstruccionista del imputado, el no concurrir de manera injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo

y sus elementos necesarios”, art. cit., p. 36.

29 Según PASTOR, “el proceso penal en su conjunto afecta derechos del imputado por su mera realización, aun cuando no se dispongan medidas concretas de coacción”. PASTOR, Daniel R., “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 49, Santiago de Chile: 2004, p. 57.

de la investigación³⁰. Pero... ¿si la propia citación es injustificada?

Si bien el ejercicio de la coerción está respaldado por las potestades que otorga la Constitución, tales potestades no pueden ser guiadas por el arbitrio. En ese sentido, existen límites que todo operador penal debe tener en cuenta en su actividad de investigación del delito. Ciertamente, el respeto por la norma y el respeto a la autoridad constituyen valores positivos y constructivos para la sociedad; sin embargo, la autoridad se fortalece con decisiones fundadas en derecho, razonables, y no en decisiones que se sustentan en una gaseosa “independencia de criterio”.

6.4. Fundamento de orden económico

Una concepción exaltada del principio de legalidad procesal penal nos llevará a pensar que se deben tramitar todas las denuncias, aun cuando tales decisiones suponen el uso de enormes cantidades de recursos que serán malgastados solamente para generar esta apariencia de legalidad³¹.

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03987-2010-PHC/TC*, Lima: 2 de diciembre del 2010, f. j. n.º 8.

31 Los casos van a ingresar al circuito; van a requerir tiempo de fiscales, jueces y/o defensores; así como órdenes de investigar —sin destino—; van a saturar a las policías, quienes van a mermar los recursos con que cuentan para dedicarse a los casos realmente “trabajables”. La víctima, los testigos y los imputados van a ser obligados a perder cantidades substanciales de tiempo en la tramitación de casos que, desde el primer día se sabían inconducentes; el sistema les va a decir falsamente que el caso

No es cierto, por tanto, que recibida una denuncia el fiscal tenga la obligación de investigar. De hecho, el fiscal puede archivar las denuncias de plano³². Lo que sí existe es la obligación de adecuar su potestad de investigación a decisiones racionales. A pesar de esto, es sorprendente la cantidad de investigaciones penales que se inician sin el mínimo de causa probable. Ello, además de los costos públicos y privados, también genera costos ocultos³³. Los pocos recursos que se asignan para la justicia penal y en particular para la investigación deberían emplearse con racionalidad y eficiencia. No para investigar cualquier ficción expuesta por personajes que usan y abusan de la justicia penal y del tiempo de los operadores penales³⁴.

Téngase en cuenta, además, que el tiempo también es un bien escaso que no se puede desperdiciar con investigaciones sin sustento y con citaciones innecesarias. Sobre este punto debe hacerse

una aclaración: una cosa es la buena disposición ciudadana para asistir a las citaciones que formula la autoridad en orden a esclarecer un delito, y otra muy distinta es que los ciudadanos tengan que poner su tiempo a disposición de denunciantes que utilizan a la justicia penal para canalizar sus venganzas, y que sostienen la existencia de un delito, cuando con un simple análisis y algo de sentido común se puede apreciar que los hechos carecen de causa probable o, sencillamente, no existen.

Como sostiene ZAGREBELSKY, no puede pretenderse la justicia y pensar en construirla sobre derechos, rechazando los deberes³⁵. En este caso podemos decir que no puede construirse con solidez una institución pensando solo en sus potestades y no en los deberes que tiene. Si el Ministerio Público gasta sus recursos persiguiendo delitos, insignificantes o falsos delitos, entonces no se puede quejar de no tener recursos para investigar apropiadamente delitos graves; pues, simplemente está gastando los recursos en otra cosa³⁶. Esta asignación no obedece a una ninguna racionalización, sino más bien a decisiones defectuosas que generan problemas al sistema y que deberían acarrear responsabilidad.

está siendo investigado y va a generar expectativas que en definitiva va a frustrar. Ver más en CEJA, *Gestión del Ministerio Público. ¿Cómo hacer que el Ministerio Público se organice de forma de utilizar adecuadamente sus facultades discrecionales en el proceso?* Curso Intermedio e-learning, módulo impartido en el Programa de Formación de Capacitadores, versión 2006.

32 Véanse los arts. 84.2 de la *Ley Orgánica del Ministerio Público*, y 334.1 del CPP.

33 Uno de los costos de formalizar investigaciones fiscales de casos sin futuro o sin causa probable es que “se condena el caso irreversiblemente a la impunidad”. Vid. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos, *La decisión fiscal en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

34 Vid. GESTIÓN, “El impacto económico de la ineficiencia judicial”, en *Gestión*, Lima: 21 de febrero del 2006, p. 16.

35 ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, 2.ª ed., Madrid; Trotta, 1997, p. 95.

36 Vid. CEJA, *Gestión del Ministerio Público. ¿Cómo hacer que el Ministerio Público se organice de forma de utilizar adecuadamente sus facultades discrecionales en el proceso?* Módulo V, Lección 1, Curso Intermedio e-learning, módulo impartido en el Programa de Formación de Capacitadores, versión 2006.

Del mismo modo, si el Ministerio Público adopta la actitud de investigar todo y citar a todos, muy poco tiempo le va a quedar para investigar lo que debe y de citar a quienes corresponde.

7. Ideas finales

- La autonomía otorgada al Ministerio Público así como la titularidad en la conducción de la investigación deben ejercerse con responsabilidad y buen criterio.
- La intervención del Estado debe sujetarse a criterios de razonabilidad. Si no es así, estamos ante el ejercicio arbitrario del poder penal.
- El principio de mínima intervención penal³⁷ en sede de investigación preliminar impone la necesidad de que las investigaciones iniciadas sean las necesarias en atención a la existencia de causa probable.
- Los altos costos de una investigación penal obligan al operador a una racionalización de los recursos y a discernir entre las materias investigables y las que no lo son.
- Un criterio que ayudará a racionalizar y a tornar en eficiente el ejercicio de la persecución penal es el criterio de pertinencia. 

37 Según el principio de mínima intervención penal, el derecho penal solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios; es decir, cuando el problema o conflicto social no puede resolverse con los otros sistemas de control extrapenales. GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal*, Lima: Grijley, 2008, pp. 92-94.

8. Referencias bibliográficas

- Ávalos Rodríguez, Carlos, *La decisión fiscal en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- CEJA, *Gestión del Ministerio Público. ¿Cómo hacer que el Ministerio Público se organice de forma de utilizar adecuadamente sus facultades discrecionales en el proceso?* Módulo V, Lección 1, Curso Intermedio *e-learning*, módulo impartido en el Programa de Formación de Capacitadores, versión 2006.
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides, “CPP del 2004 y sus elementos necesarios. La imputación necesaria en el precedente vinculante del R. N. N.º 956-2011-Ucayali y el dibujo de ejecución en la investigación fiscal”, en *EMP Escuela del Ministerio Público*, Lima: 2011. Recuperado de <bit.ly/2gHrJF7>.
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides, “La pericia y la prueba pericial”, en *EMP Escuela del Ministerio Público*, Lima: agosto del 2012. Recuperado de <bit.ly/2hAPHnm>.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal*, Lima: Grijley, 2008.
- GESTIÓN, “El impacto económico de la ineficiencia judicial”, en *Gestión*, Lima: 21 de febrero del 2006.
- LÓPEZ STERUP, Henrik, “Discriminación en la Jurisprudencia Constitucional de Colombia”, en *Revista Reportes Andinos*, n.º 9, Universidad Andina Simón Bolívar, abril del 2004, p. 5. Recuperado de <bit.ly/2gSPyLN>.
- PASTOR, Daniel R., “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 49, Santiago de Chile: 2004.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Lima: Grijley, 2003.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lima: Academia de la Magistratura, 2009.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, 2.ª ed., Madrid: Trotta, 1997.