

¿ES RECURRIBLE EL AUTO QUE DECLARA INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN EN LA ETAPA INTERMEDIA?

*Fredy Valenzuela Ylizarbe*¹

*Gerson W. Camarena Aliaga*²

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el marco del III Pleno Jurisprudencia Distrital, la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada planteó, debatió, con intervención de especialistas en la materia, y asumió nuevos acuerdos³ para uniformar decisiones en torno a tres temas: a) criterios para determinar la imposición de la siguiente regla de conducta “la prohibición de comunicarse con personas determinadas” (art. 288.3 CPP); b) la procedencia del recurso de apelación contra las resoluciones que desestiman las excepciones de improcedencia de acción interpuestos y resueltos en etapa intermedia (art. 352.3 CPP); y, c) la determinación del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de las solicitudes de sustitución/adecuación de pena según el art. 6 del Código Penal.

De los referidos temas, el segundo ha generado un especial interés para el debate, ya que, por un lado, llama mucho la atención que se haya acordado limitar al imputado la posibilidad de impugnar una resolución que le ocasiona perjuicio cuando nuestro sistema jurídico exige la interpretación amplia de las normas procesales para garantizar derechos fundamentales (tutela judicial efectiva, principio de igualdad procesal, derecho de defensa). Por el otro, pareciera ser que -en el marco del contexto de descubrimiento- los criterios que habrían motivado a la Corte Superior Nacional a “estimar”

¹ Abogado y coordinador del Área de litigio del Estudio Oré Guardia. Doctorando en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid. Maestría en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Maestría en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Profesor de Derecho procesal penal. Vicepresidente del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP).

² Abogado y coordinador del Área académica del Estudio Oré Guardia. Doctor *cum laude* en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Maestría en Derecho público por la Universidad Complutense de Madrid con mención en Derecho penal. Maestrando en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona. Docente de pre y posgrado de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Universidad San Ignacio de Loyola y la Universidad Católica San Pablo. Consejero del INCIPP.

³ Estas facultades no jurisdiccionales que pueden llevar a cabo las cortes superiores se encuentran reconocidas en el art. 116 de la Ley Orgánica.

razonable la postura acordada (imposibilidad de impugnación) se centran en procurar el descongestionamiento de la fase intermedia; y, si esto fuese así, no va a tardar en darse cuenta que esta decisión es abiertamente irrazonable, porque con este acuerdo se estaría creando en realidad una vía que congestionaría aún más el proceso penal mismo, porque permitiría que vayan a juicio oral causas que no lo justifican. Así, por ejemplo, se realizaría un infructuoso debate probatorio sobre hechos que finalmente serían declarados atípicos en la sentencia. De este modo, se desautoriza la fase intermedia en cuanto a su finalidad y a la propia institución de la excepción de improcedencia de acción.

Esta posición agudiza aún más las restricciones al ejercicio del derecho de defensa y somete injustamente al ciudadano a la pena del banquillo⁴. Recordemos que en diversas resoluciones por parte de la Sala Penal Nacional se ha establecido -indebidamente- como pauta jurisprudencial que las excepciones de improcedencia de acción no son necesariamente atendibles en la etapa de investigación, dado que la imputación aún puede delimitarse durante la investigación; lo que muchas veces motivaba a la defensa reservar la decisión de deducir el medio de defensa luego de que se haya presentado el requerimiento acusatorio. Ahora, con la reciente posición asumida por la Corte Superior Nacional, se impide impugnar el auto que declara infundada la excepción, sometiendo al imputado a una situación de indefensión y, aún más, de evidente desigualdad frente al representante del Ministerio Público (quien siempre puede impugnar).

Pero ¿cómo es que se genera este problema jurídico abordado por la Corte Superior Nacional? En concreto, de la interpretación del art. 352.3 CPP:

*“3. De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el Juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. **Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación.** La impugnación no impide la continuación del procedimiento.”*

La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿la referencia: “de estimarse cualquier excepción” se refiere al supuesto en el que la excepción incoada ha sido declarada fundada? Porque, de ser así, el art. 352.3 establecería que solo son apelables las excepciones de improcedencia de acción (incoadas en la fase intermedia) que son declaradas fundadas (o “estimadas”), esto es, únicamente por la Fiscalía. En sentido contrario, las

⁴ Como afirmaba el profesor Carnelutti, “El simple inicio y tanto más el desarrollo del proceso penal causa sufrimiento: el sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal”. Carnelutti, Francesco, *Principi del proceso penale*, 1960, p. 55.

excepciones de improcedencia de acción que son declaradas infundadas (o “desestimadas”) no son impugnables por quien las interpuso (el acusado)

2. POSICIONES SOBRE EL PROBLEMA PLANTEADO

2.1. Posiciones en contra de la procedencia

Como se ha mencionado líneas arriba, la Corte Superior Nacional en el marco del III Pleno Jurisdiccional Distrital “acordó que no procede el recurso de apelación contra resoluciones desestimatorias de excepciones de improcedencia de acción, tramitados y resueltos en etapa intermedia, por cuanto el artículo 352.3) del CPP establece que son impugnables vía recurso de apelación las resoluciones estimatorias”⁵.

2.2. Posiciones a favor de la procedencia

La Corte Suprema ha asumido una posición contraria, pues estima que el auto que declara infundada la excepción de improcedencia de acción sí es impugnabile por el acusado, en tanto que esta resolución le causa agravio. Así, en la casación n.º 893-2016, Lambayeque, del 20 de abril de 2018, analizando la redacción del art. 352.3, advierte un vacío normativo relativo a la impugnación de las excepciones y demás medios técnicos (incoados en fase intermedia) que son declaradas infundados (o “no estimados”), por lo que suple esta desatención legislativa bajo cuatro argumentos.

Primero, el art. 416.1.b CPP establece como regla general que “[e]l recurso de apelación procederá contra: [...] Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia”; “de lo que se advierte que sí son impugnables todas las resoluciones que resuelven las excepciones incoadas en fase intermedia, sean fundadas o no” (FJ. 6).

Segundo, el art. VII.3 recoge el principio de analogía *in bonam partem* al establecer que “[l]a 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”.

⁵ “Magistratura fortalece reforma procesal penal. Corte Nacional establece nuevos criterios”, en Diario *El Peruano*, véase: <https://www.elperuano.pe/noticia/223782-magistratura-fortalece-reforma-procesal-penal?fbclid=IwAR2jIVJTtk2K4UG4ScgXvRngPPRiYOvhhInNBOzQMsCsFKJtLwUgz5laSMQ>

Tercero, el principio *pro actione* permite reconocer que, frente al uso deficiente de la técnica legislativa, no se puede realizar interpretaciones que ocasionen perjuicio al recurrente; sino más bien se debe procurar que la interpretación extensiva de las normas procesales para garantizar sus derechos que, entre otros, se cristalizan en la posibilidad de que una persona pueda acceder a la justicia, y cuestionar una resolución emitida en la fase intermedia del proceso y que versa sobre el núcleo de la imputación. Posición que guarda correspondencia con la línea jurisprudencial establecida por nuestro Tribunal Constitucional.

Cuarto, el principio de legalidad procesal no se ve afectado por esta interpretación. En efecto, “[l]o expuesto no afecta el artículo I, inciso 4, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el cual establece que: “Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley [...]”. Todo lo contrario, en el presente caso, **la posibilidad de impugnar decisiones desestimatorias de medios de defensa durante la etapa intermedia no se encuentra prohibida de forma expresa por la Ley. Por ello, permitir que dichas incidencias se apelen, respetará el principio de legalidad procesal.**” (FJ. 6)

En otro pronunciamiento más reciente, recaído en la Apelación n.º 146-2022 del 21 de febrero de 2023, la Corte Suprema ha reiterado su posición al establecer que “**el artículo 416 (numeral 1, literal b), que establece que la apelación que se interponga no se limita a resoluciones que amparen las excepciones, sino que en base al criterio de la “analogía favorable al reo”, contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, es de aplicación ampliada para resoluciones que resuelvan cuestiones previas, prejudiciales y excepciones, sobre lo cual también existe posición jurisprudencial establecida en sede suprema, lo que evidencia que la norma procesal en comento también es de aplicación sistemática.**” (FJ. 9.2)

3. TOMA DE POSICIÓN

Para efectos de tomar una posición sobre el problema planteado es imprescindible que se tengan en consideración los siguientes aspectos jurídicos:

3.1. El derecho al recurso en el proceso penal

El derecho al recurso debe ser entendido como la posibilidad que tienen los justiciables, por imperativo convencional y constitucional, de recurrir las sentencias condenatorias y resoluciones equivalentes que les causa perjuicio, a fin de que sea reexaminada por un tribunal superior y, de ser el caso, la anule o la revoque.

El derecho a recurrir, el cual “consiste en una garantía mínima y primordial que ‘se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...]’”⁶. No debe perderse de vista que este derecho, además, tiene como propósito que el órgano *ad quem* corrija “errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado”⁷.

El derecho al recurso tiene un contenido no esencial y, en virtud de que se trata de un derecho fundamental de configuración legal, un contenido delimitable por el legislador. Esto genera una consecuencia inevitable: que el derecho en referencia no debe ser entendido como la posibilidad de que el imputado pueda recurrir todas las resoluciones que se emitan al interior del proceso penal⁸. Contrariamente, las resoluciones que forman parte del contenido esencial del derecho a recurrir son impugnables de manera inexorable.

El Tribunal Constitucional ha establecido, al desarrollar el contenido esencial del derecho a recurrir, que existe inequívocamente la obligación de prescribir un recurso contra las sentencias condenatorias emitidas en el proceso penal, y que igualmente se debe garantizar un recurso, en general, contra aquellas resoluciones jurisdiccionales que limitan el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal o, incluso, de algún otro derecho fundamental⁹.

⁶ Corte IDH caso Gorioitía vs. Argentina, párr. 47; también Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 158, y Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica, párr. 255.

⁷ Corte IDH caso Zegarra Marín Vs. Perú, párr. 171.

⁸ En este sentido se ha pronunciado, aunque refiriéndose al contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, el Tribunal Constitucional. Véase, entre otras, las siguientes resoluciones: STC 1243-2008-PHC, (FJ. 3), caso: Bastidas Villanes; STC 5019-2009-PHC, (FJ. 3), caso: Ysla Guanilo.

⁹ Exp. 4235-2010-PHC/TC (FFJJ. 20-25), caso: Fujimori Fujimori

Es oportuno realizar una aclaración: que ciertas resoluciones no formen parte del contenido esencial del derecho a recurrir no significa que el legislador esté proscrito de regularlos; por el contrario, este tiene plena libertad, en la medida de que no restrinja o limite otros derechos, momento a partir del cual todas las partes que estén legitimadas tendrán la posibilidad de interponer el recurso correspondiente. En otros términos, debe distinguirse entre el derecho al recurso constitucional y el derecho al recurso legal. Este último se regula en estricta observancia del principio de igualdad.

En consecuencia, en el presente caso debe reconocerse que no existe un marco constitucional y convencional que vincule al legislador a regular necesariamente un recurso contra el auto que resuelve la excepción de improcedencia de acción, de manera que aquel puede establecer que tal resolución es irrecurrible. No obstante, el Código Procesal Penal, conforme se verá, ha reconocido expresamente la posibilidad de impugnar la referida resolución.

3.2. Presupuestos de los recursos: resolución recurrible

Los presupuestos para interponer válidamente un recurso son: presupuestos objetivos -resolución recurrible y el cumplimiento de las formalidades- y presupuestos subjetivos -agravio y legitimidad-. De los mencionados solo importa destacar -para resolver el problema planteado- el primero de ellos, esto es, que la resolución se encuentre como recurrible en el Código Procesal Penal.

Este presupuesto implica que, en principio, solo se podrá interponer un recurso cuando una resolución esté prevista expresamente como impugnable. Esta afirmación debe ser interpretada adecuadamente en tanto que en el Código Procesal Penal existen disposiciones específicas que establecen las resoluciones que son recurribles, pero también, disposiciones generales que se pronuncian al respecto.

En efecto, a partir de la lectura del referido cuerpo normativo podemos hallar lo siguiente: resoluciones que están previstas como recurribles en una disposición específica, por ejemplo, el auto de prisión preventiva (art. 278 CPP); resoluciones que son recurribles en atención a una regla general prevista en el art. 416, tal es el caso del auto que desaprueba la solicitud de terminación anticipada¹⁰; y las resoluciones que no son

¹⁰ La Corte Suprema estableció que sí puede apelarse el auto que desaprueba el acuerdo en virtud de lo estipulado en los literales b) y e) del artículo 416^o.1 del CPP, pues la desaprobación

recurrirles porque existen prohibiciones expresas, por ejemplo, el auto que incorpora a una persona como tercero civil (art. 112.3 CPP).

En el caso del auto que resuelve la excepción de improcedencia de acción durante la etapa intermedia no estamos frente a un caso en el que exista una disposición legal en específico que proscriba la interposición del recurso de apelación; todo lo contrario, existe disposición que, desde la literalidad, establecen la procedencia del recurso (art. 416.1.b CPP).

Así, se debe considerar, en concreto, dos disposiciones legales que deben llevarnos a establecer si el auto referido es recurrible: de un lado, el art. 352.3 y, de otro, el art. 416.1.b) del CPP. Esta disposición prescribe expresamente, de manera general sin restringir en función de la fase procesal, que el auto que resuelve la excepción de improcedencia de acción sí es recurrible. La primera, por su parte, establece que de estimarse la excepción procede el recurso de apelación.

Es necesario precisar que la redacción de la primera disposición citada (352.3) es confusa, pues no queda claro a qué se refiere el término “estimarse”, bien podría entenderse como sinónimo de admisión, tanto más si luego prescribe que “el juez expedirá en la misma audiencia **la resolución que corresponda**” (resaltado nuestro); y es que, si se entendiese que estimarse¹¹ es sinónimo de fundada, no tendría razón alguna que luego se indique que el juez emitirá la resolución que corresponda, que puede ser de dos tipos: fundada o infundada.

Adicionalmente, debe quedar claro que, aun cuando estimarse sea sinónimo de fundada, tal disposición no emplea el término “solo” a partir del cual se pueda concluir que únicamente los autos estimatorios son impugnables, como sí lo hace por ejemplo cuando prescribe que “**solo** es apelable la resolución que deniega la constitución del tercero civilmente responsable”. En consecuencia, de la literalidad del art. 352.3 CPP, como se tiene dicho, no puede extraerse una regla jurídica que proscriba la procedencia de la apelación.

Así las cosas, desde una interpretación sistemática, se advierte que las reglas previstas en el articulado del Código Procesal Penal, antes de proscribir, son favorables a la impugnación del auto que declara

del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Acuerdo Plenario 5-2009/CJ-116, cons. 16.

¹¹ La RAE afirma que, para el Derecho, estimar es “Aceptar una petición, demanda o recurso”. Y aceptar, a nuestro juicio, no es sinónimo de fundar, sino de admitir.

infundada la excepción de improcedencia de acción, las que deben ser interpretadas en estricta observancia del principio de igualdad y el principio *pro homine*. Una interpretación en este sentido, además, resulta coherente con las reglas previstas por el citado cuerpo normativo, puesto que no existe razón válida para permitir la apelación del auto que declara infundada la excepción durante la fase preparatoria y, al mismo tiempo, proscribirla solo porque fue emitida durante la etapa intermedia.

3.3. Principios para la admisión del recurso

La admisión de un recurso debe realizarse en estricta observancia del principio *pro homine*, que debe ser entendido, en rigor, como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (...)”¹².

La interpretación realizada por el juez no debe ser restrictiva, esto es, el órgano jurisdiccional que evalúe la admisibilidad del recurso no debe hacerlo en el sentido de denegar el recurso, sino, antes bien, debe realizar una interpretación favorable a su admisión y procedencia, bajo la observancia del principio *pro actionis* o *favor impugnationis*. De este modo, por aplicación de este principio, el juez tiene no solo la facultad, sino el deber de interpretar restrictivamente los formalismos engorrosos que, sin justificación alguna, impiden dar vigencia efectiva al derecho al recurso.

En este sentido, Ortells Ramos, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, sostiene, en cuanto los requisitos de forma y otros condicionantes de la admisibilidad, que debe realizarse una interpretación no restrictiva de las normas que los regulan y favorable a la subsanabilidad de los defectos en que hubiera incurrido la parte recurrente¹³.

La posición asumida en el pleno analizado busca hallar su justificación en el principio de legalidad recursal; sin embargo, como hemos manifestado, no existe una disposición legal que proscriba

¹² PINTO, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p. 163.

¹³ ORTELLS RAMOS, en *Derecho jurisdiccional III*, p. 344.

expresamente el recurso contra el auto que declara infundada la excepción de improcedencia de acción ni tampoco existe principio alguno de los recursos que pueda justificar dicha posición; tanto más si los principios buscan la optimización de los derechos (derecho al recurso legal), mas no su restricción como en el presente caso pretende el acuerdo plenario.

3.4. Principio de igualdad

La discusión de si el principio de igualdad juega algún papel para efectos de la regulación de los recursos ya se ha producido hace varios años cuando se debatía si correspondía o no reconocerle al Ministerio Público la titularidad para recurrir la sentencia absolutoria.

Así, se afirma que el Ministerio Público tiene legitimidad para impugnar las sentencias absolutorias en aplicación del principio de igualdad, mediante el cual se proscriben los privilegios en favor de un determinado sujeto procesal¹⁴; de ahí que, según esta postura, se estaría vulnerando este principio si solo se reconociera el derecho al recurso en favor del imputado, y se proscribiera para el fiscal. En este sentido, Montero Aroca sostiene que, en realidad, el derecho al recurso es de todas las partes en aplicación del principio de igualdad, al que se refiere como esencial en el proceso penal. Agrega que en el proceso penal español la igualdad de las partes es consustancial a la naturaleza del proceso, por lo que el derecho al recurso, en aplicación de este principio, debe ser concedido a todas las partes¹⁵.

Siguiendo esta lógica, se vulneraría el principio de igualdad si solo se reconoce al Ministerio Público que se impugne el auto que resuelve la excepción de improcedencia de acción; es decir, si se declara fundada la excepción, el fiscal puede impugnar el auto; mientras que, si se declara infundada, el acusado no podrá hacerlo. Como puede apreciarse, la vulneración al principio de igualdad es evidente.

Además, si el fundamento para la interposición de un recurso radica en la posibilidad de error que gobierna la actividad del juez, entonces mal se haría en restringir el derecho al recurso legal únicamente al fiscal -que

¹⁴ MONTÓN REDONDO comparte esta posición, pues entiende que la referencia que hace solo al imputado el art. 14.5 del PIDCP no excluye que los acusadores puedan recurrir una sentencia absolutoria cuando estimen que esta no se ajusta a derecho, en aplicación del esencial principio de igualdad. MONTÓN REDONDO, en *Derecho jurisdiccional III*, 15.º ed., p. 370.

¹⁵ MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, p. 169-170.

ni siquiera puede ser titular de derechos-, pues cuando se emite un auto que declara infundada la excepción también existe el riesgo de falibilidad, de modo que lo razonable sería que un juez de grado superior pueda revisar tanto el auto que declara fundada la excepción como la que la declara infundada, en mérito a la interposición del recurso legalmente previsto por el ordenamiento procesal penal¹⁶.

En definitiva, si se ha empleado el principio de igualdad para legitimar el recurso de apelación en contra de una sentencia absolutoria, con mayor razón se debe emplear este principio para reconocer la posibilidad de que se impugne el auto que declara infundada la excepción de improcedencia de acción en fase intermedia. En todo caso, si la Corte Superior quiere ser coherente y respetuoso del principio de igualdad, debe proscribir la impugnación para todos o viceversa, ya que ninguna de las partes debe tener mayores o menores derechos o facultades.

Por todo ello, queda claro que la conclusión a la que se ha arribado en el pleno jurisdiccional resulta abiertamente no solo contrario al principio de legalidad recursal, sino también del principio de igualdad, pues está impidiendo que el acusado pueda impugnar la decisión que le produce perjuicio sea reexaminada por un órgano superior.

4. CONCLUSIONES

Primera, no existe norma específica que proscriba la apelación en contra del auto que declara infundada la excepción de improcedencia de acción. Por el contrario, existe una regla general que regula expresamente la procedencia del recurso de apelación contra el auto que declara infundada la excepción de improcedencia de acción.

Segunda, el derecho al recurso legal, el principio *pro homine* y el principio de igualdad determinan que sí corresponde el recurso de apelación contra el auto que declara infundada la excepción de improcedencia de acción.

Tercera, la posición asumida en el acuerdo plenario no tiene respaldo legal ni mucho menos constitucional, por lo que su vinculatoriedad debe ser

¹⁶ En efecto, refiriéndose a la posibilidad de impugnar la sentencia absolutoria, Sagüés afirma “si de lo que se trata es de arribar a fallos justos, tanto se perjudica a la justicia en una sentencia de primera instancia por una condena arbitraria, como por una absolución o sobreseimiento improcedente”. SAGÜÉS, “La instancia judicial plural en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica”, La Ley, 1988, p. 160.

rechazada, ya que esta no depende de la jerarquía del órgano que la emite, sino de la consistencia de sus razones y argumentos.

Cuarta, los jueces no deben aplicar la posición asumida en el acuerdo plenario, que ciertamente merece amplia discusión en cuanto a sus efectos vinculantes (art. 116 LOPJ); en otros términos, los jueces están habilitados para desvincularse del acuerdo plenario que establece la irrecurribilidad del auto que declara infundada la excepción de improcedencia de acción.