

## 8. Competencia funcional

Corresponde al juez de la investigación preparatoria, como es lógico, definir la intervención de las partes legitimadas, la pretensión civil y la admisión de los medios de prueba. La decisión de que se declare fundada o no la resparación civil corresponde al juez penal. Es evidente, por tanto, que si el fiscal introdujo en su acusación una pretensión penal y civil, correspondela competencia, conforme a la entidad del delito acusado, al juez penal, unipersonal o colegiado. Sin embargo, si se está ante un auto de sobreseimiento y una pretensión civil declarada procedente, en el acto oral solo se debatirá el objeto civil. La competencia, en estos casos, estará a cargo del juez penal unipersonal, debido que es la regla que se sigue en el ámbito civil es que un solo juez conoce en primera instancia la pretensión civil (Acuerdo Plenario 4-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre de 2019, f. 31).

## IV. CUESTIÓN PREVIA

### 1. Introducción

Una vez promovida la acción por el Ministerio Público con la emisión de la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículo 336 CPP), el imputado puede promover lo que se denomina “defensas procesales”. Éstas, indica ORTELLS, son alegaciones del demandado –o del imputado para el proceso penal– dirigidas a provocar una resolución de inadmisión de la pretensión procesal –de la promoción de la acción penal, para el caso del proceso penal–, por causas vinculadas, de un lado, a la falta de **presupuestos procesales** o a la presencia de **impedimentos procesales**, que están sujetas a un plazo bajo el riesgo de preclusión del derecho procesal de la parte de provocar un pronunciamiento al respecto; y, de otro lado, a la falta de requisitos del acto procesal de imputación fiscal (disposición fiscal) –el defecto, en este caso, sólo afecta a este acto, dado su carácter constitutivo del proceso, su ineficacia impide la de los actos procesales subsiguientes–.

El Código Procesal Penal identifica tres clásicos medios de defensa técnica o, en pureza, defensas procesales. Son: cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones. A través de su ejercicio, como es obvio, no se cuestiona el fondo del asunto, sino la corrección formal de la incoación del proceso penal, instando su anulación o suspensión y corrección, según el caso. Estas defensas procesales apuntan a obtener la concentración del juicio oral, eliminando liminarmente todo tipo de obstáculo procesal.

## 2. Concepto

Es un requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad, con toda regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal. Procede cuando no concurre o se omite un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley (artículo 4 CPP). La cuestión previa constituye un obstáculo al inicio del proceso penal, a su promoción. Como tal, controla el debido cumplimiento de las condiciones, legalmente previstas, para una correcta iniciación del proceso penal. Si la persecución resulta inadmisibile, debe rechazarse la inculpación formal o la querrela sin examinar el objeto procesal y sin dictar sobre él un fallo condenatorio o absolutorio.

La estimación de la cuestión previa conduce a la anulación del procedimiento penal incoado (artículo 4.1 CPP). En ese caso, el proceso penal puede reiniciarse cumplido o satisfecho el requisito omitido (artículo 4.2 CPP).

La cuestión previa, si es estimada, tiene efecto extensivo, es decir, comprende a todos los imputados que están en la misma situación jurídica, así alguno de ellos no hubiera deducido este medio de defensa (artículo 8.6 CPP).

Este medio de defensa no está sometido al principio de rogación, pues incluso el juez puede iniciar el trámite para su debida determinación. En cuanto a su oportunidad procesal, puede plantearse incoada la investigación preparatoria formalizada y durante toda esta etapa procesal (artículo 7.1 y 2 CPP). Incluso, puede deducirse en la etapa intermedia, conforme a lo dispuesto por la concordancia de los artículos 8.5 y 350.1b CPP.

## 3. Requisito o condición de procedibilidad

El CPP identifica el remedio procesal: cuestión previa, con una institución procesal, en puridad, un presupuesto procesal vinculado a la promoción de la acción penal: los requisitos o condiciones de procedibilidad. Podemos definirlos como aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla. Son presupuestos procesales que resultan, en parte, de las relaciones del objeto del proceso con el procedimiento concreto, cuya admisibilidad como camino para la sentencia se pone en discusión. A diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad –que pertenecen al complejo del hecho, determina la situación del hecho y su materialización– no afecta la existencia de un delito o su castigo, sino la posibilidad de su persecución procesal. Las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal porque condicionan su objetiva

relevancia penal; si bien no afectan ni al desvalor del resultado ni al desvalor de la conducta, en cambio condicionan la conveniencia político-criminal de su tipificación, la necesidad de pena [MIR].

Las condiciones de procedibilidad son condiciones formales. Concreta aquellos supuestos legales que establecen la obligación del imputado de someterse al proceso. Su admisibilidad no se condiciona por la existencia de la punibilidad, es independiente de ella. Son condiciones de la persecución penal que, por regla general, deben tenerse en cuenta en cualquier proceso, aunque también existen condiciones especiales de persecución [BELING]. Al impedir el enjuiciamiento penal del hecho, no es que desaparezca la presencia de un delito, sino solo a que este no puede ser objetivo del proceso penal [MIR].

#### 4. Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad

Son tres: los delitos privados, la autorización para proceder y consentimiento de la autoridad, y el pronunciamiento de la autoridad sobre el objeto del proceso.

- A. Delitos privados.** La ley penal determina cuándo un delito está sometido a la persecución privada. La querrela es un presupuesto procesal que expresa la voluntad de la víctima de que se sancione penalmente a una persona que ha cometido un delito en su contra (artículo 1.2 CPP). En estos delitos predomina un interés privado. La capacidad activa y la legitimación activa la tiene el ofendido por el delito; la querrela debe provenir de una persona capaz procesalmente y legitimada para ello: el ofendido por el delito. El requisito de la querrela tiene el objetivo de evitar la imposición incondicional de la pretensión punitiva del Estado ante intereses privados opuestos. Esta facultad de impulso de la causa penal es un derecho a impedir la sanción; es determinante la posibilidad que tiene el ofendido de no interponer la querrela exigida por la Ley o, en su caso, de retirarla y, de ese modo, poder privar al autor de su castigo [JESCHECK-WEINGEND].
- B. Autorización para proceder y consentimiento de la autoridad.** (i) En el primer supuesto se trata de los delitos semipúblicos, que requieren instancia de la víctima para que el MP puede perseguirlos (artículo 1.3 CPP). Ejemplo: delitos contra el sistema crediticio. (ii) En el segundo supuesto son los delitos sometidos a antejuicio constitucional (artículo 450.1 CPP) o a desafuero (artículo 452.1 CPP), en los que la autoridad política debe autorizar el procesamiento penal. (iii) Incluye también los supuestos de persecución contra magistrados (artículo 454.4 CPP).

- C. **Pronunciamento de la autoridad sobre el objeto del proceso.** La ley exige que una determinada autoridad emita un pronunciamiento (resolución o informe) concerniente al objeto del proceso. Así, por ejemplo, delitos ecológicos: Ley n.º 26631; delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero: Ley n.º 26702; delitos concursales: Ley n.º 27146.

## V. CUESTIÓN PREJUDICIAL

### 1. Concepto

Se parte de dos nociones básicas para intentar la adecuada definición de la cuestión prejudicial. **1.** La Ley penal material no siempre pone como elementos constitutivos, excluyentes o modificativos de la responsabilidad penal hechos simples o materiales, sino más a menudo conceptos y a veces relaciones jurídicas del derecho civil, comercial, administrativo, etc.; supuesto último en el que para fijar el hecho típico en la sentencia se requiere, como antecedente lógico jurídico, aplicar una norma no penal en virtud de la cual pueda afirmarse como existente o no existente tal relación. **2.** Lo esencial para su identificación es que esa relación jurídica constituya una materia, distinta de la penal y antecedente de ella, que por sí sola pudiese formar el objeto de una declaración jurisdiccional. La cuestión prejudicial, entonces, surge *per se*, en virtud de su ligazón jurídica material con la cuestión de fondo, y es presupuesto del contenido mismo de la sentencia de fondo, del sí del delito y de la pena o de la entidad o cuantía de esta [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA].

Así las cosas, pueden definirse las cuestiones prejudiciales como aquellas configuraciones de la ley penal –elementos de hecho integrantes de un requisito del tipo legal– que exigen, para poder dictar sentencia, entrar a dilucidar relaciones jurídicas propias de otro orden jurisdiccional –precisan una valoración jurídico material–, que operan como antecedente lógico jurídico del silogismo en que se ha de fundar la sentencia penal –son previas e independientes del objeto procesal, y deben declararse a fin de poder obtener la plena integración de la conducta– [GIMENO]. Se trata de puntos de conexión, que en sí mismos autorizarían un enjuiciamiento en su orden jurisdiccional, pero que aparecen unidos a materias de otra naturaleza de manera que requieren de un tratamiento conjunto [ASENCIO].

Las cuestiones prejudiciales se sustentan en el principio constitucional de seguridad jurídica y en la inmutabilidad de las sentencias. El fundamento

inmediato es la prevención de los efectos perjudiciales de la cosa juzgada, que prevé la vulneración del *ne bis in idem* frente a decisiones que no tomen en cuenta sus exigencias normativas.

## 2. Requisitos

Son cuatro: elementos de hecho, juicio de relevancia, valoración material y competencia.

- A. **Elementos de hecho.** Toda cuestión prejudicial está constituida por elementos de hecho que exigen una valoración jurídica previa e independiente del objeto principal, y que integran el fundamento del título de imputación (ejemplo: apropiación ilícita requiere determinar relación de depósito) o incluso erigirse en una pretensión autónoma, pero conexa e instrumental (ejemplo: receptación requiere determinar si ciertas cosas son producto de un delito). En cualquier caso, pertenecen al fondo o a la fundamentación de la pretensión penal: cosa juzgada.
- B. **Relevancia.** Deben ser relevantes –imprescindibles o necesarias– para el enjuiciamiento del objeto procesal respecto al cual guardan conexión o dependencia, pueden tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto penal.
- C. **Valoración material.** Los hechos –con significación jurídica– que integran el título de imputación precisan de una valoración con arreglo a normas del derecho material y consiguiente declaración jurisdiccional, previa e independiente de la pretensión principal.
- D. **Competencia.** Por regla general la competencia, para valorarla, corresponde al Tribunal del orden jurisdiccional competente: civil, laboral, contencioso-administrativo o penal. Pero se excluyen aquellas cuestiones prejudiciales incidentales que han de ser resueltas por el juez penal y cuyo fallo no produce efecto alguno de cosa juzgada.

## 3. Clases

Se pueden clasificar desde dos perspectivas: **i)** por su naturaleza, desde el derecho material, son homogéneas y heterogéneas, y **ii)** por sus efectos procesales son devolutivas e incidentales.

### 3.1. Causas prejudiciales homogéneas y heterogéneas

Las primeras, al igual que el objeto del proceso penal, se rigen por normas del derecho penal [GIMENO] –no mencionadas en el artículo 5 CPP, bien delictivo en el delito de receptación–, y las heterogéneas son las que han de decidirse con arreglo a normas distintas de este sector del ordenamiento [GIMENO] (artículo 5.1 CPP). Estas son las más numerosas –así, por ejemplo, la relación paterno-filial en el delito de omisión de asistencia familiar–. Por regla general rige el principio la preferencia de la jurisdicción penal –se asienta en la máxima francesa *‘le criminelle tient le civil en état’*: el proceso penal ha de suspender siempre al proceso civil–.

### 3.2. Causas prejudiciales devolutivas e incidentales

Son las más importantes y decisivas, pues, afirmada la existencia de una prejudicialidad, debe decidirse si corresponde dilucidarlas al propio órgano jurisdiccional penal, aunque solo sea a los meros efectos de ese proceso –o si resultase mejor suspender el proceso penal y esperar a que se pronuncie el órgano jurisdiccional extrapenal: reglas de la devolutividad o de la no devolutividad, respectivamente–.

#### 3.2.1. Cuestiones prejudiciales devolutivas

Las cuestiones devolutivas están reconocidas por el CPP: artículos 5.1 y 10. Son las que, con suspensión del proceso penal –o civil, en su caso–, han de remitirse o plantearse para su decisión definitiva, ante el tribunal competente. Se está ante una cuestión devolutiva cuando, más allá de las cuestiones de estado civil, el tema debatido sea determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado o relación heterogénea de antijuricidad. El artículo 5.1 CPP se limita a prescribir que la suspensión del proceso penal está sujeta a que “fuere necesaria en vía extrapenal una declaración vinculada al carácter delictivo del hecho inculcado”. Se trata, propiamente, de una ‘causa prejudicial’, de una decisión previa de un juez distinto, que debe ser tomada como base de la decisión del juez penal, en tanto en cuanto la relación o situación jurídica extrapenal o heterogénea sea determinante de la existencia o inexistencia del delito [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

En tal virtud, como el elemento clave está la necesidad de la existencia o inexistencia del delito, de la definición del carácter delictivo del hecho imputado o “relación heterogénea de antijuricidad”, delimitada bajo el principio

de la prevalencia de la jurisdicción penal, es del caso reconocer la no devolución cuando:

- (i) La solución de la cuestión prejudicial no sea imprescindible o necesaria para la determinación de la conducta penal, que sería el caso de las circunstancias agravantes o atenuantes, que incluso determinen la variación del tipo legal.
- (ii) Cuando se trate de una mera conexión instrumental de normas, de tal suerte que, de la valoración de la cuestión prejudicial, pueda depender la integración de la conducta penal, por poseer la cuestión una clara naturaleza de incidente de previo pronunciamiento para la integración de la conducta objeto de imputación, y que hacen imposible su separación –tales como la determinación de la ajenidad de la cosa o relación de depósito–, así como el cuestionamiento de la legalidad del acto administrativo, puesto que deben entenderse que no tienen otro valor que el de constituir meros presupuestos procesales (v. gr.: STSE de 05-11-91), o la determinación de la cuota defraudada al fisco como elemento del tipo legal de defraudación tributaria (STSE de 21-12-01).
- (iii) Cuando la ley o la jurisprudencia ha elaborado una doctrina propia y distinta sobre los temas civiles o administrativos –definición de funcionario público, de cosa mueble– [GIMENO].

### 3.2.2. Cuestiones prejudiciales no devolutivas

Las cuestiones incidentales o no devolutivas son la mayoría. Son aquellas que el tribunal puede conocer sin que haya de deferirse su conocimiento a ningún otro tribunal, pues las cuestiones aparecen tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Lo que decida el tribunal lo será únicamente para el solo efecto de la represión. La resolución de la cuestión prejudicial únicamente producirá efectos en el orden jurisdiccional penal, y exclusivamente en el caso en donde haya sido aplicada [GÓMEZ COLOMER]. La decisión no goza de efecto reflejo o prejudicial alguno en el orden jurisdiccional originariamente competente. Será el caso de las normas sobre derecho de propiedad y otros derechos reales, de validez de inscripción registral: las pruebas son las del orden procesal penal, no rigen las limitaciones de orden extrapenal. Su planteamiento o el surgimiento de un punto prejudicial, no devolutivo, no es nunca ejercicio de derechos, sino el mero hacer valer relaciones jurídicas que se incorporan como elementos ‘fácticos’ del supuesto de hecho de una norma jurídica, de cuya aplicación se trata [CORTÉS DOMÍNGUEZ].

#### 4. Tratamiento procedimental

- A. Las cuestiones prejudiciales no devolutivas se dilucidan al momento de dictar sentencia, no antes. No requieren trámite previo.
- B. Las cuestiones prejudiciales devolutivas, de ser estimadas, determinan la suspensión del procedimiento hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. La decisión es extensiva: a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica, aun cuando no la hubieran deducido (artículo 5.2 CPP). La incoación de un proceso extrapenal es indispensable. El imputado tiene un plazo de 30 días para incoarlo, y de no hacerlo se reconoce legitimación para demandar al fiscal provincial civil en la medida que se trate de un delito público, quien en todo caso está autorizado para intervenir en la causa (artículo 5.3 CPP). Del resultado del proceso extra penal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 5.4 CPP); la suspensión, por tanto, es indefinida, y se levanta cuando se haya obtenido la sentencia firme del orden jurisdiccional extrapenal.

La estimación de la cuestión prejudicial tiene un efecto extensivo: comprende a todos los imputados que están en la misma situación jurídica, así alguno de ellos no hubiera deducido este medio de defensa (artículos 5.2 y 8.6 CPP). Solo puede interponerse en la investigación preparatoria, luego de dictada la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria o admitida la querrela del ofendido por el delito privado (artículo 7. 1 CPP).

## VI. EXCEPCIONES

### 1. Concepto

La acción penal es el derecho-deber que tiene el Ministerio Público para promover la acción penal. El vehículo formal a través del cual se promueve la acción penal es la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en delitos públicos y la querrela en delitos privados. La excepción es un “medio de defensa” –sustantivos o procesales– que ataca directamente la relación procesal, y se distingue de la defensa material del imputado porque estas pueden apuntar a diversos fines [GIMENO]. Es un remedio procesal, que consiste en la expresa oposición que formula el imputado a la prosecución del proceso por entender que este carece de algunos de los presupuestos procesales establecidos por el

ordenamiento jurídico-procesal –se denuncia, a través de la excepción procesal, la falta de un presupuesto o requisito procesal–. Se entiende por presupuesto procesal la totalidad de las condiciones de las cuales depende que en un proceso pueda obtenerse una sentencia sobre el fondo respecto de un determinado objeto del proceso [SCHMIDT].

Las excepciones no se pronuncian sobre el fondo del asunto: si el hecho objeto del proceso es penalmente antijurídico y si su autor merece una pena o medida de seguridad, se concretan a denunciar la defectuosa constitución del proceso. Es la norma procesal la que permite un medio de defensa como este.

Queda claro que, al decir de CHIOVENDA, la excepción es un derecho potestativo a la anulación de la acción, mientras CARNELUTTI se fijaba en el dato que pretende excluir el derecho subjetivo ajeno sin afirmar el propio [GÓMEZ DE LIAÑO]. Éstas cuestionan la prosperabilidad de la acción penal momentánea o definitivamente; se erigen en una objeción contra la procedencia –o, mejor dicho, el cimiento o comienzo– de la acción hecha valer dentro del proceso [ALZAMORA].

Es de insistir que, propiamente, por medio de una excepción procesal el imputado formula una oposición a la promoción de la acción penal al considerar que se han incumplido determinados presupuestos o impedimentos procesales. A través de la excepción se pone de manifiesto la existencia de algún obstáculo procesal que impide la correcta tramitación del procedimiento y solicita la desestimación *a limine* de la demanda –o, en su caso, de la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria–, sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto [FUENTES SORIANO].

Esta oposición procesal pretende, por el imputado, evitar una sentencia de fondo dejando *imprejuzada* la cuestión. La referencia a presupuestos u obstáculos procesales importa que por ser de naturaleza imperativa e indisponible impiden una sentencia sobre el fondo o la validez de la sentencia que se pronuncia ante su falta [ASENCIO].

Es de diferenciar motivos de oposición de forma de motivos de oposición de fondo. En un sentido amplio se puede reconocer excepciones procesales y excepciones materiales. En el caso de las excepciones materiales se apunta a una absolucón de instancia, mientras que en el caso de las excepciones procesales a una declaración de improcedencia jurídica de la pretensión, respectivamente [GÓMEZ DE LIAÑO]. Ahora bien, las denominadas “excepciones materiales” se presentan cuando el imputado, sin negar los hechos constitutivos de la imputación, introduce

hechos adicionales en su defensa, en cuya virtud pide su absolución en el fondo, vale decir, una sentencia que produzca los plenos efectos materiales de la cosa juzgada. Son tres tipos de hechos los permitidos mediante esta finalidad defensiva: impositivos, extintivos y excluyentes, en el bien entendido de que por sí mismos estos hechos no constituyen una pretensión nueva e independiente, pues están dirigidos a obtener una absolución. Se trata de hechos (i) que impiden el efecto jurídico pretendido por el fiscal, (ii) que destruyen ese efecto jurídico, o (iii) que importan un contraderecho –como decía Chiovenda– que solo a él corresponde articular y que excluye las consecuencias jurídicas de los hechos alegados por el Ministerio Público [ASENCIO].

## 2. Clasificación

### 2.1. Aspectos generales

Desde la perspectiva de los presupuestos procesales, la ley procesal solo reconoce cinco excepciones (artículo 6.1 CPP). De ellas, la de naturaleza de juicio es de carácter procedimental y está referida a la adecuación del procedimiento; la de cosa juzgada está vinculada al objeto procesal; y, las de amnistía y de prescripción, están ligadas a la causa [MONTERO].

La excepción de improcedencia de acción tiene un carácter *sui generis*, pues no es propiamente una excepción procesal ni una excepción material (alegación de desestimación de los cargos alegando hechos distintos –aun cuando se mantienen dentro de la misma relación deducida y del mismo objeto procesal–, en otras palabras, hechos impositivos, extintivos o excluyentes, que constituyen supuestos fácticos de normas distintas de las alegadas por la imputación). Solamente se alega que el hecho objeto del proceso no es delictivo o no es penalmente justiciable, en consecuencia, se trata más bien de un supuesto privilegiado o excepcional de sobreseimiento centrado en la falta de relevancia jurídico-penal o de punibilidad del hecho objeto de imputación.

### 2.2. Excepción de naturaleza de juicio

La excepción de naturaleza de juicio se deduce cuando se da al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la ley. Es un remedio procesal que no analiza el fondo del asunto, sino el procedimiento a seguir [SAN MARTÍN]. No pone en tela de juicio la naturaleza de la imputación penal, su calificación jurídico-penal o la existencia de requisitos de perseguibilidad. Su existencia supone que la ley prevé más

de un procedimiento penal –existe el procedimiento común y los procedimientos especiales–. Si es amparada, el efecto es regularizar el procedimiento, “se adecuará al trámite reconocido en el auto que la resuelva”.

### 2.3. Excepción de naturaleza de amnistía

La amnistía es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.1 CP), y procesalmente un impedimento a la persecución. Importa la eliminación legal del hecho punible e implica el perpetuo silencio respecto de él (artículo 89° CP). Se traduce a través de una ley de naturaleza anómala [SOLER], y extingue los efectos de derecho penal [MIR PUIG]. En esencia es la “ley del olvido”, que tiene por resultado que se olviden ciertas infracciones penales, se den por terminados los procesos y, en caso de existir resolución, queden sin efecto las sentencias condenatorias. Se suprime, por tanto, las infracciones, la persecución del delito, la disposición de formalización de investigación preparatoria y, de ser el caso, determinación de sentencias y condenas [LÓPEZ BETANCOURT].

### 2.4. Excepción de cosa juzgada

La cosa juzgada es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.2 CP) y procesalmente un impedimento a la persecución. Según el artículo 6.1c) CPP para que se produzca cosa juzgada (*res iudicata*) se requieren, de un lado, dos identidades: (i) Unidad de imputado (que sea la misma persona en calidad de imputado: sujeto pasivo de la sanción y sujeto pasivo del nuevo procedimiento) –límite subjetivo o identidad subjetiva pasiva–; y (ii) Unidad de hecho punible: el hecho anterior, ya decidido, debe ser el mismo del nuevo proceso penal, con independencia de la calificación jurídica que merezca en ambas causas –No se exige identidad subjetiva activa ni de la causa de pedir–. El objeto normativo ha de ser el mismo: bien jurídico lesionado similar o conexo –unidad de fundamento–. Por otro lado, la resolución que recayó en el primer proceso ha de ser firme, debe ser nacional o extranjera, y referirse al fondo del asunto –sentencias y autos equivalentes, sobreseimientos–.

### 2.5. Excepción de prescripción

La prescripción es considerada una causal de extinción de la acción penal (artículo 78.1 CP) y también de la pena (artículo 85 CP) –un presupuesto penal material–, pero procesalmente es un impedimento porque el proceso no

se ha realizado cabalmente y sin embargo ha transcurrido el plazo para poder ser enjuiciado el imputado por el hecho punible cometido, es decir, porque se impide la celebración del juicio –causa de exclusión del *ius puniendi* del Estado–. Impiden el derecho de persecución del delito [GÓMEZ COLOMER]. Para que opere esta excepción el factor predominante es el transcurso del tiempo (artículos 80-88 CP). En síntesis, opera como una sanción legal al Estado, que impide, por el transcurso del tiempo, procesar a un imputado. Imposibilita que una persecución se pueda dar en el futuro. Es de precisar que el beneficio que se obtiene por la excepción de prescripción es estrictamente personal [LÓPEZ BETANCOURT].

## 2.6. Excepción de improcedencia de acción

La excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances según el artículo 6.1b CPP: (i) el hecho denunciado no constituye delito, y (ii) el hecho denunciado no es justiciable penalmente. Lo que se discute es la subsunción normativa. En consecuencia, el punto (i) comprende la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad; el punto (ii) se ubica en la punibilidad, y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria, que son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, en el primer supuesto, o que excluyen o, en su caso, suprimen la necesidad de pena [JESCHECK/ WEINGEND]. No se cuestiona la categoría culpabilidad o imputación personal: capacidad penal, conocimiento del injusto y no exigibilidad de otra conducta. La excepción se centra en el hecho desvalorado, en el hecho prohibido desde la ley penal, no en su atribuibilidad a su autor. El CPP reconoce que la pena del imputado, en atención a la voluntad de la acción puesta en marcha y su coincidencia con el ordenamiento jurídico, es lo propio de esta excepción, no así si la actitud interna manifestada con el hecho debe ser considerada expresión de una postura del autor ante el derecho merecedora de reproche [JESCHECK/WEINGEND]. Véase Ejecutoria Suprema RN n.º 17-2010/Piura, de 03-03-11. El análisis se realiza desde los hechos objeto de imputación, sin alterarlos, reducirlos o negarlos.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente: **1.** Que para deducir esta excepción se debe partir de los hechos descritos en la imputación fiscal: Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o, en su caso, de la acusación fiscal, pues solo cabe realizar un juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, ambas ajenas a la culpabilidad (SC 407-2015/Tacna, de 7-7-2016). **2.** Que como

se trata de un juicio de puro derecho, no se puede sostener, para denegarla, que su examen requiera la culminación de la investigación preparatoria (SC 1307-2019/Nacional, de 12-2-2020). 3. Que no se puede confundir el tratamiento procesal de la excepción de improcedencia de acción con el de la imputación clara y precisa del hecho (artículo 349, numeral 1, literal b), CPP) –mal llamada “imputación necesaria”, pues este adjetivo responde a la necesidad de imputación para el procesamiento y, luego, para el juicio, no a las notas características de la imputación–; además, no se puede exigir para examinar esta excepción precisión o detalle específico acerca de los supuestos hechos de abuso del cargo –en un proceso por delito de enriquecimiento ilícito–, lo cual en todo caso se examina en la etapa intermedia y su efecto procesal es de mera subsanación procesal conforme al artículo 352.2 CPP (SSC 392-2018/Arequipa, de 12-9-2017; y, 277-2018/Ventanilla, de 21-3-2019). 4. Que emitida la sentencia de primera instancia no cabe que de oficio la Sala Penal declare la fundabilidad de una excepción de improcedencia de acción, pues el momento procesal para hacerlo ya precluyó; solo le correspondía absolver por atipicidad o por insuficiencia de pruebas, o, en todo caso, anular la sentencia si el control de la acusación no había cumplido con responder a las pretensiones de las partes–. 5. Que los autos que desestiman una excepción de improcedencia de acción son apelables, al ampro del artículo 416, apartado 1, literal b), del CPP, pues rige el principio *pro recurso*, derivado de la garantía de tutela jurisdiccional (SC 893-2016/Lambayeque, de 20-4-2018).

### **3. Tratamiento procedimental**

En tanto se cuestiona la existencia de un presupuesto procesal puede ser deducida de oficio o por el Ministerio Público, pues son objeto de control de oficio (artículo 7.3 CPP). Solo son deducibles en las etapas de investigación preparatoria e intermedia (artículo 7.1 y 2 CPP). Tiene efecto extensivo para los demás imputados, siempre que se encuentren en igual situación jurídica (artículo 8.6 CPP).

### **4. Presupuesto y trámite de las cuestiones referentes a la persecución penal**

El artículo 8 CPP regula el trámite de la audiencia que el juez de la investigación preparatoria debe realizar para la dilucidación de las cuestiones previa y prejudicial, y las excepciones. Este comprende cuatro momentos:

- A. Actos preparatorios.** Comprende tres pasos: **(i)** Requisitos de la solicitud: presentación escrita de la solicitud respectiva, acompañando los elementos de convicción que correspondan; **(ii)** Oportunidad: se presenta luego de emitida la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta que venza el traslado del requerimiento fiscal acusatorio o de sobreseimiento (artículos 3 y 342.1 CPP) [en los casos de cuestiones previas y excepciones también pueden deducirse en la etapa intermedia: hasta 10 días luego de notificada la acusación fiscal escrita artículo 350.1b CPP]; **(iii)** El juez de la investigación preparatoria realizará tres actos ordenatorios: dispondrá que el Ministerio Público, cumplidos los dos primeros requisitos, le informe acerca de las partes personadas en la investigación preparatoria a su cargo; y, con esa información, primero, notificará a las partes la interposición del medio de defensa; y, dentro del tercer día, dictará, si correspondiere el auto admisorio, que importa señalar fecha para la audiencia.
- B. Instalación de la audiencia.** Obligatoriedad de la presencia del fiscal, quien además de asistir debe exhibir el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez de la investigación preparatoria en ese acto. Las demás partes no están obligadas a concurrir. Su inasistencia no genera sanción procesal alguna.
- C. Desarrollo de la audiencia.** Se escuchan los alegatos orales de las partes. Primero, del defensor de la parte que propuso el medio de defensa, luego sigue el fiscal, el defensor del actor civil y de la persona jurídica, y finalmente el defensor del tercero civil. Si asiste el imputado, cierra el acto con su intervención oral. Los participantes solo pueden mencionar los actos de investigación que consten en autos o que hayan sido acompañados al efecto.
- D. Deliberación y decisión.** Se resuelve inmediatamente o en el plazo de dos días de celebrada la vista. Excepcionalmente, el expediente fiscal puede retenerse hasta 24 horas, retención que se adoptará mediante auto fundamentado.