

NUEVO PROCESO PENAL Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PRÓLOGO

DR. JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO

SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU
COORDINADORA

ESCRIBEN:

JUECES EN LO PENAL

Bonifacio Meneses Gonzales
Gonzalo Segundo Rúa (Argentina)
James Reátegui Sánchez
Nayko Coronado Salazar
Ramiro Salinas Siccha
Rafael Vela Barba
Sara Maita Dorregaray
Susana Castañeda Otsu
Víctor Burgos Mariños
Víctor Enríquez Sumerinde

AUTORES INVITADOS

Alonso Peña Cabrera Freyre
Eduardo Alcócer Povis
Fany Quispe Farfán
Gonzalo Del Río Labarthe
Manuel Miranda Estrampes (España)
Mario Cadavid Botero (Colombia)
Martín Hurtado Reyes
Mauricio Duce (Chile)
Percy García Caverro
Roberto Cáceres Julca
Wilson Martínez Sánchez (Colombia)



SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU (COORDINADORA)

**NUEVO PROCESO PENAL Y DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

- © JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Edición: Enero 2014

Tiraje: 1,000 ejemplares

- © Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° : 2013-18771

ISBN: 978-612-4184-26-0

*Composición, diagramación y
diseño de carátula: Víctor Arrascue C.*

En la portada:

Oleo: "Punto de equilibrio", del destacado pintor nacional
de ascendencia japonesa Luis Yamamoto (1963).

PRÓLOGO

Constituye para mí un inmenso honor que la Dra. Susana Castañeda, Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones del Distrito Judicial de Lima, me haya pedido confeccionar el prólogo de este libro que, teniendo como objeto el nuevo proceso penal peruano surgido del Código de 2004, tiene como finalidad primordial servir al Subsistema Anticorrupción, uno de los más importantes en el Estado de derecho, cuya funcionalidad se explica en la necesidad de preservar la legitimidad de las instituciones democráticas.

Tiene tal relevancia la obra que se presenta, tal es la calidad de sus autores y la entidad del proyecto que ahora culmina, que iniciar su lectura con estas breves páginas, debe ser reputado como un honor para quien ha recibido el encargo, el cual cumplo con enorme satisfacción.

No debe ser un prólogo un espacio dedicado a compendiar las distintas partes de una obra, a relatar lo que el lector va a comprobar. Antes al contrario, un prólogo es lugar destinado a comentar las impresiones generales del trabajo, sus aspectos más relevantes. Y, cuando de un libro en el que participan muchos autores se trata, cuando el mismo ha sido estructurado en diversas partes con contenidos no coincidentes y con orígenes diversos, es obligado entrar a fondo en su contenido y en las posiciones que se adoptan, especialmente en aquellas que constituyen su punto de partida. Máxime cuando se analiza un Código y los diferentes artículos que lo glosan parten de interpreta-

ciones discordantes en cuanto al mismo texto legal y al propio sistema procesal en el que se asienta.

La labor de un jurista, de un universitario, es siempre la crítica y esta, cuando surge, es la mejor prueba del interés que suscita la obra leída, ya que, cuando un trabajo no genera inquietudes o merece una simple mención formal de sus cualidades intrínsecas o aparentes, elogios forzados o simples fórmulas de cortesía, implícitamente se está reconociendo su escaso valor técnico jurídico. A mí me ha inquietado la lectura de los diversos artículos que conforman la obra, tanto, que debo, en respuesta a esa impresión, prologar el libro con la misma convicción con que lo hacen los que en él han trabajado.

Todo ello quiere decir y expresa mejor que nada, la altísima calidad de los artículos, de sus autores, nacionales y extranjeros, el alma que han puesto en sus aportaciones que se vislumbra por la intensidad de los comentarios, no exentos, por supuesto, por no ser algo contradictorio con la fuerza, de la reconocible calidad argumental de los apuntes, de la profundidad en los razonamientos, de la vehemencia en las afirmaciones fruto de la convicción personal.

Mi absoluto respeto a cada opinión, como respeto siempre la de cualquier jurista que actúe de buena fe, que se presume y que en este caso se confirma con hechos y argumentos sólidos. Disentir es manifestación de libertad y de interés. Criticar, la obligación de todo universitario. No en vano, todos los avances del hombre, a lo largo de la historia, fueron fruto de la discusión, del inconformismo, del ansia de superación. En el debate está la verdad y sólo puede surgir esta de una confrontación sana, desprovista de cualquier intención peyorativa. La discusión es la esencia del Derecho, siempre relativo, como relativa es la sociedad moderna, cuyos avances cotidianos son evidentes.

Reitero mi respeto a todos, mi admiración por la capacidad de respuesta, de síntesis, de análisis. Y reitero mi respeto por todas las posiciones que se manifiestan, al igual que pido respeto por las mías que, modestamente, también son fruto de la creencia y de la reflexión.

La obra en su conjunto contiene tres grandes bloques que han de servir, con plena seguridad, para conocer en mayor medida el funcionamiento del NCPP, sus instituciones, las tendencias que obli-

gadamente han de seguirse para modificar un estado de cosas que es incompatible con el diseño constitucional y que la vigencia coetánea de dos modelos pone de relieve cotidianamente, al confrontar normas pretéritas, de dudosa conformidad con la Constitución, con las nuevas, que se acomodan a aquella norma fundamental.

El trabajo será, sin duda, lugar obligado de análisis y reflexión y referente necesario para conocer el Código Procesal Penal de 2004. Y, la apuesta y promoción del mismo por el Subsistema Anticorrupción, que ya lo aplica, la mejor explicación de su acierto. Porque, de no avararlo, de hallar los tribunales especiales dificultades o inconvenientes graves en el mismo, con seguridad no mostrarían el interés que tienen en su permanencia, que les lleva a estudiar, a reflexionar, a avanzar en su conocimiento.

La primera parte de este libro viene referida a las reformas procesales en Latinoamérica, producidas en los años noventa y dos mil y fruto de un proceso reformador iniciado en los ochenta, con unos lineamientos comunes y unos objetivos más o menos determinados en su generalidad: la superación del modelo inquisitivo vigente.

El primero de los artículos que se contiene en esta sección, obra de la Dra. Castañeda, constituye un análisis sobre la implementación del Subsistema Anticorrupción en Perú. Aunque el mismo se incluye en este lugar, tal vez hubiera sido bueno destacarlo de modo independiente y previo, pues en él se realiza un estudio riguroso de este subsistema de la Justicia, las dificultades de su desarrollo, las ventajas de someter determinados hechos delictivos a un nuevo modelo procesal y a órganos especializados y datos muy concretos derivados de las experiencias seguidas, que ponen de relieve circunstancias que el legislador debe tomar en consideración para conocer exactamente los efectos de la aplicación del NCPP. Un trabajo serio, profundo, reflexivo y riguroso, imprescindible si se quiere tomar conocimiento exacto y empírico de la reforma procesal penal operada en 2004, especialmente en un marco delictivo que requiere de medidas especiales.

El análisis efectuado es elemento de reflexión imprescindible para conocer las deficiencias y necesidades del sistema y poner los remedios exigibles, además de tomar nota de medidas cuyo funcionamiento, la

misma realidad, impone que deban someterse a discusión o debería hacerlo.

Algunos datos llaman la atención. Destaca el apoyo decidido de la Dra. Castañeda al sistema de audiencias, al cual atribuye ventajas medidas en seguridad y contradicción, así como publicidad y aceleración del procedimiento. Y es cierto en general, pero debe ponerse en relación el éxito destacado con las materias que mayormente se llevan a la audiencia, siendo en su inmensa mayoría las referidas a la adopción de medidas cautelares, limitación de derechos o constitución de parte civil. O, lo que es lo mismo, pocas son las referidas a excepciones procesales en sentido amplio, cuya complejidad podría poner en tela de juicio la simplificación de una audiencia para resolver cuestiones complejas, salvo que se exigiera previamente la aportación de escritos documentados que permitieran un previo conocimiento del asunto. Las audiencias son útiles para la resolución de materias que no requieren de una prueba compleja, especialmente cuando se trata de documental o excepciones procesales de alto nivel o exigencia técnica. En estos casos es muy posible que haya que renunciar a favor de la seguridad jurídica que proporciona la escritura.

De la misma forma es llamativo que una de las causas más importantes de frustración de las audiencias sea la inasistencia de abogados e imputados, frente a la normal comparecencia de los testigos, hecho éste un tanto anormal que obligaría a adoptar soluciones inmediatas, sobre todo en relación con los abogados cuya función es incompatible con conductas poco colaboradoras con la Justicia.

Constituye un dato muy relevante, que merece ser analizado como índice de mal funcionamiento del modelo, el que alrededor del cincuenta por ciento de las sentencias dictadas en el subsistema sean absolutorias. Un número tan elevado, que cabe plantearse que la instrucción no funciona adecuadamente, no constituye un filtro suficiente, que el Ministerio Fiscal no ha asumido claramente su función. Y, de la misma manera, que tampoco la etapa intermedia está sirviendo para evitar juicios innecesarios. Convendría analizar esta dato en profundidad para evitar un número tan elevado de absoluciones, porque el simple sometimiento a juicio ya constituye una pena indirecta para cualquier imputado. Tal vez se mantenga una suerte de tendencia inquisitiva,

especialmente en los llamados delitos de corrupción, en los cuales es frecuente combinar elementos jurídicos con otros ajenos que deberían quedar al margen del proceso.

En resumen, pues, un trabajo que debería ser publicado de modo introductorio e independiente, de calidad indiscutible e imprescindible para conocer a fondo el funcionamiento real del nuevo modelo procesal penal.

Conviene leer con atención estos trabajos, de gran calidad, pero en los cuales es posible hallar muchas de las razones de las extremas dificultades a las que se enfrentan los Códigos procesales penales vigentes. Y es que, frente a las normas procesales, se anteponen o contraponen opiniones o modelos alternativos que chocan frontalmente con los establecidos por la ley, que generan contradicciones entre la norma y la práctica que se pretende y que sitúan el desarrollo cotidiano de las leyes procesales en una grave complejidad que genera inseguridad jurídica.

Existe una opinión extendida acerca de la calificación del modelo, pero más que el vigente, el cual es claro, esa labor se efectúa partiendo de una premisa deseada, la que se quiere, que se coloca por encima de lo que es, de lo que la ley impone. Pero, para salvar este escollo, que pone en alerta al sistema constitucional y la independencia judicial que implica el sometimiento a la ley, se alerta sobre lo que se denomina "fetichismo normativo", es decir, se afirma, sin indagar en las consecuencias de lo dicho, que la sujeción a la norma no es deseable si la misma se opone a lo que se formula desde consideraciones voluntaristas, a opciones por modelos que la ley ha decidido no amparar, pero que se introducen sibilinamente con graves efectos en el devenir cotidiano del proceso. En realidad, no hay satisfacción de algunos con las reformas, sino que van más allá, buscan otro modelo distinto al regulado y de esta manera, mediante conceptos, tales como la litigación oral, el exceso del significado de la oralidad, el de la imparcialidad judicial, etc. presentan como útil un sistema que se aleja tanto de la ley en vigor, que es difícil augurar un futuro cierto a las reformas.

De este modo, las referencias al sistema adversarial, que no se concreta en su significado moderno, cuando los modelos vigentes responden al acusatorio con las modificaciones sucedidas en los Có-

digos europeos de la segunda mitad del siglo XX, no son inocuas, ni inocentes, pues con ellas se pretende introducir elementos discordes con la legalidad mediante una visión inadecuada de la misma, de la realidad jurídica legislada.

Esta conducta da lugar a una grave complejidad en la interpretación uniforme de la norma, coherente y sistemática, pues cuando una institución se analiza desde un prisma extraño a ella, suele suceder que los elementos legales cercanos, si no se hace lo propio, queden desprovistos de coherencia. Las contradicciones internas son evidentes, cual sucede, por ejemplo, cuando se insta a la desaparición del expediente en sede de unos recursos de apelación que, en la ley, no constituyen un *novum iudicium*, cual sucede en los modelos adversariales, sino una revisión de lo actuado, lo propio de los sistemas acusatorios. O la oralidad absoluta del juicio oral, que haría desaparecer el valor de ciertos actos de investigación objetivos e irreproducibles y con ello, teniendo en cuenta la coherencia del sistema en su conjunto, el riesgo de impunidad y de retroceso.

Una simple referencia, pues, a la desaparición del expediente, implica un cambio de paradigma. De ahí que pueda aventurarse una crisis de funcionamiento, grave en el momento inicial por lo que supone de prácticas inadecuadas, si no se pone en estos momentos un poco de sensatez en la aplicación de la ley que no es un fetiche, sino expresión del principio de legalidad, máxima del Estado de derecho contemporáneo y garantía de igualdad, de seguridad jurídica y de independencia e imparcialidad judiciales. Por encima de la legalidad, a la cual también pertenece la Constitución y los derechos fundamentales, que están en su cúspide, no pueden imponerse criterios basados en opciones, no absolutos, sino relativos y no siempre adecuados a la función del proceso, no suficientemente contrastados en el derecho comparado que, en general, incluso en el modelo americano, no llega a extremos como los que en ocasiones se propugnan en este continente.

Todo ello se confunde, en muchas ocasiones, con una suerte de nacionalismo latinoamericano, cuyos contornos no están claros en un mundo globalizado y menos cuando los sistemas procesales son universales. No obstante lo cual, el apartamiento en muchos casos de los modelos europeos lleva, derechamente, a una importación del sis-

tema americano, aunque el mismo se asiente sobre bases radicalmente diferentes a los que constituyen las latinoamericanas.

Cabe destacar, en este sentido, una cierta exageración de la oralidad, la cual, en lugar de entenderse como una técnica o método, como un principio del procedimiento cuya finalidad es lograr en mejor medida los fines del proceso, se eleva a la categoría de dogma, otorgándole perfiles tan absolutos que se aleja del modelo y, curiosamente, se aproxima de nuevo al americano, no obstante existir entre ambos una notable diferencia, pues si en este último la oralidad se extrema por causa de la existencia del Jurado, en el proceso peruano es un tribunal técnico el que enjuicia y falla. Y no se olvide que la oralidad tuvo su origen en la introducción del Jurado en el proceso europeo tras la Revolución Francesa. No fue un principio el que la propició, sino la necesidad de regular el proceso conforme a la naturaleza popular del órgano jurisdiccional. No es bueno olvidar el origen y fundamento de una institución, pues, ese error puede provocar graves consecuencias injustificadas. La oralidad no siempre es la solución y puede ocasionar muchas veces más problemas e inconvenientes que ventajas. Se trata de moderar su aplicación a los momentos y actos en que procede, no exagerarla artificialmente creando inconvenientes superiores.

No es posible llevar la oralidad, en la fase de investigación preliminar, a todas las decisiones que se adopten. Aunque en teoría fuera posible, la práctica sería imposible por su carestía, así como por la presumible incomparecencia de los afectados. Si ya los juicios orales se suspenden reiteradamente por dicha incomparecencia, difícil es exigirla en tantas ocasiones como se promueve. Y, ciertamente, sí es razonable exigirla cuando de adoptar la prisión provisional se trata, hacer lo propio ante la decisión de la competencia, de la nulidad de un acto procesal, del acuerdo de un acto de investigación, etc. puede resultar desproporcionado.

No se sabe, pues, en qué consiste el contenido de lo que hoy se denominan "buenas prácticas" o de la denominada "litigación oral", pues ambos conceptos suelen incorporar contenidos incompatibles con la ley en vigor, la cual refutan con la pretensión de sustituirla por otros criterios no determinados en la norma o enfrentados con ella.

Con todo ello, este primer capítulo del libro, sumamente interesante, debe ser leído con atención, pero con un espíritu crítico, sin asumir obsecuentemente lo que en él se contiene, pues en muchas ocasiones no es más que reflejo de una opción, legítima, pero contrapuesta a la ley y que se fundamenta en un modelo diferente al que el NCPP establece. No debe confundirse una tendencia doctrinal con un sistema procesal y mucho menos anteponerlo, pues es la Ley lo que ha de aplicarse por los tribunales y en ella se van a fundamentar sus decisiones, como acredita la Corte Suprema que, en sus diversas resoluciones, no se ha apartado ni una sola vez de lo establecido por el Código.

Como toda opinión, es relativa y debe respetarse, pero, cuando la misma parte del rechazo a la misma norma o antepone su visión dogmática por encima de la Ley, pretendiendo que la misma se subordine a una posición que se representa como absoluta, la moderación ha de imponerse. Bien está que se promueva la modificación de la ley, pero, mientras esta se encuentra vigente, ha de aplicarse sin excusa y sin alegaciones o pretensiones de imposición superior de criterios que, se insiste, no son universales, ni se aplican en los países en los cuales el Código de 2004 ha encontrado su apoyo y referente.

La segunda parte de la obra, contiene once artículos en los que se aborda el análisis de diversas instituciones o conceptos procesales, seguramente los más relevantes, si bien, naturalmente, no todos los que integran un Código procesal. El análisis de las cuestiones suscitadas, muchas de ellas de gran concreción, es profundo, no limitándose a una exégesis de los preceptos afectados, sino incorporando, en casi todos los casos, valoraciones personales, opiniones que no siempre serán aceptadas, pero que tienen el valor de suscitar un debate que siempre es interesante. Bueno es, igualmente en este caso, al igual que sucedía con la primera parte, que el lector sepa discriminar entre lo que la ley manifiesta y las interpretaciones vertidas por los diversos autores, muchas de ellas de difícil encaje en la norma, en tanto fruto de una opción previa enmarcada, como antes se dijo, en las corrientes del llamado "garantismo", que no corresponde a concepto procesal alguno, pero que permite, por su amplitud e indefinición, promover opiniones a los que se da una aparente cobertura avanzada, aunque muchas veces no lo sea.

Ni el garantismo es un concepto o modelo procesal, pues el mismo no es sino un desarrollo de las normas procesales atendiendo a la primacía de la Constitución, lo que viene obligado por la propia jerarquía normativa, ni sirve como criterio que proporcione una unidad conceptual o un marco de referencia a partir del cual haya de construirse un modelo procesal. En todo caso, acudir al término para justificar una posición, calificándolo de tal frente a otras posiciones que, con igual voluntarismo o subjetivismo se entienden como inquisitivas, no es un modo acertado de construir un sistema procesal. La exacerbación de la oralidad no significa más garantías que la escritura cuando la seguridad jurídica exige la constancia escrita o, en la actualidad, la que se verifica mediante otros sistemas de reproducción. En materias esencialmente técnicas, contables o económicas, no parece que una audiencia oral permita la profundidad que proporciona, previamente, el informe elaborado y que, de forma escrita, ha de ser aportado al proceso una vez examinada la contabilidad.

En esta segunda parte se aprecian, con mayor intensidad que en la primera, pues se entra en aspectos concretos, las diversas tendencias que coexisten en Perú y que están, de algún modo, chocando entre ellas al punto de la aplicación correcta del NCPP. Unas, las que se remiten a la ley vigente, tienen la virtualidad innegable de extremar el análisis de cada precepto, extrayendo de cada uno su legislada funcionalidad y explicación en el marco uniforme de la Ley; otras, las que siguen las tendencias que marcan la llamada "litigación oral", que más que una técnica, constituye un modelo paralelo o el que antes hemos referido "garantismo", exceden la literalidad de la norma y llegan a conclusiones no siempre conformes con el resto del articulado, así como tampoco cuentan con referentes universales que sirvan para fundamentarlas, de modo que han de ser analizadas con sumo cuidado por el riesgo que implica su asunción de futuro de cara a una estabilización del modelo o a su fracaso más rotundo.

Sin experiencias previas, deambular por caminos ignotos puede conducir a una crisis del modelo normado si este, en su aplicación, se aleja de la ley y tiende a aplicar opciones radicales y poco contrastadas. Se trata de un riesgo que solo debe ser asumido, si se es consciente de ello, no como consecuencia inevitable de un deber ser que, como tal, no es, sino fruto de una opción, legítima, cierto, pero no prevista

por el NCPP que transcurre por tendencias no equiparables a las que se apuntan en este marco de expresión.

Varios son los temas que se abordan en esta segunda parte, de indudable interés y en general acertados en las problemáticas que se abordan. Siempre que, por supuesto, se sepa discriminar entre los que, como se ha dicho, se ajustan a la norma y aquellos que optan por apartarse de ella situando en su lugar opciones no tan ajustadas a la ley o, cuanto menos, no específicamente previstas por ella.

Se analiza, de este modo, el sentido de la imputación, concepto de radical importancia en el proceso penal, en tanto su nacimiento importa el del derecho de defensa y la delimitación del objeto de la investigación, evitando indagaciones inquisitivas o prospectivas. En este punto, late la preocupación, siempre presente, acerca del momento en que debe emitirse una resolución que atribuya esta condición de imputado a un sujeto; lo que se analiza conjugando la necesidad de su inmediatez, pues el retraso perjudica al mismo inculpado, a la vez que se tiene en cuenta el perjuicio que supone una declaración de sujeción a un proceso penal, especialmente cuando se trata de sujetos socialmente relevantes. El equilibrio es la solución, pero el mismo pasa, siempre, por una limitación del tiempo de la investigación y por la emisión del sobreseimiento, de forma inmediata, cuando no aparezcan razones suficientes para continuar la investigación en tanto el enjuiciamiento futuro se aprecie como poco razonable.

Se aborda la prueba ilícita, en la cual, en Perú, como en muchos otros lugares, se siguen confundiendo los diversos modelos y fundamentos de la misma. De este modo, teniendo en cuenta que se considera que dicho fundamento reside en la posición preferente de los derechos, en su constitucionalización y no en la necesidad de propiciar una suerte de persuasión policial que le obligue a ajustarse a la Ley, se regula en el NCPP, junto a la regla de exclusión, un conjunto de excepciones a la misma que, contrariamente a lo que constituye su fundamento, tienen su raíz y base en el derecho americano en el que la razón de la prueba ilícita, la esencial, es lograr aquella persuasión en la policía.

Grave contradicción que, incluso, llega a que la jurisprudencia cree las excepciones a la regla general, con infracción de la legalidad en la limitación de derechos, generando una confusión y mezcla de sistemas

que, en este caso, se resuelve siempre en contra de la vigencia de los derechos fundamentales y que, curiosamente, pocas respuestas ha hallado en los que propugnan el "garantismo", excesivamente apegados, eso es lo cierto, al derecho anglosajón, a un modelo que consideran referente, sin darse cuenta de que el mismo no soporta un análisis de igualdad similar al de los procesos penales en los que rige el modelo continental. Pues el llamado adversarial, en realidad, presume una igualdad que no es cierta y enfrenta en condiciones de tal igualdad a los que no son iguales. De este modo, la afirmada igualdad se traduce en un sistema en el cual las posibilidades de defensa de los que poco poseen son mucho más escasas que las de los demás. Lo que siempre sucede en cualquier modelo, se acrecienta en el adversarial que parte de una presunción tal que eleva a nivel de principio lo que la realidad desmiente. La privatización del proceso penal, que comporta el adversarial, no genera resultados positivos para los menos favorecidos. Bueno sería estudiar el origen de este modelo, su anclaje en la nobleza, su parecido con los duelos de armas entre las clases elevadas y cómo hoy se traduce en una traslación de conductas similares aunque los adversarios no sean los que ocupan tales lugares en la sociedad.

Insisto de nuevo en la importancia de la legalidad en el proceso que, más allá de ser un "fetichismo", se alza como garantía suficiente de los derechos, más que las posiciones relativistas, no siempre seguras y más que la ponderación cuando la misma, siendo judicial y no hecha por la ley, se resuelve en una restricción de la eficacia de los derechos. Máxime cuando sea evidenciable cierta corrupción en las instituciones judiciales y policiales. La legalidad, cuando la corrupción existe, es el mejor remedio para enfrentarse a ella. La oportunidad, si no se controla, un acicate para quienes pueden comportarse inadecuadamente y, además, hacerlo bajo el paraguas de la ley.

Se trata, también, la declaración del acusado en juicio oral, poniendo el acento en su naturaleza jurídica, esto es, en si constituye un medio de defensa o en si, a su vez, lo es de prueba. Y ahí se analizan varios aspectos que derivan directamente de la opción que se escoja. Es de ver una cierta tendencia a considerar la prueba, en general, excesivamente vinculada a la voluntad del proponente de la misma, de modo que se ha llegado, en materia de prueba testifical, a negar que sea pertinente aquella en la que a un testigo se le cuestiona por

hechos diferentes a aquellos para los que fue propuesto, aunque pudiera conocerlos. Un exceso carente de fundamento normativo y procesal.

No es admisible negar la posibilidad de contrainterrogar al acusado. De ser así, siendo lo normal que sea el Ministerio Fiscal el primero que interroge, se estaría vetando la posibilidad de que la defensa hiciera lo propio. Y, cuando sucede lo contrario, tampoco es admisible impedir que lo haga el Ministerio Fiscal. El contradictorio reside en esa posibilidad, en enfrentar dos posiciones. La declaración del acusado es medio de defensa, pero sin duda que también lo es de prueba, que el acusado puede declarar y hacerlo reconociendo su culpabilidad; lo esencial es que lo haga con plena libertad de conciencia y de autodeterminación. Negar el contradictorio, implica, en cierto modo, junto a esta excesiva protección del acusado, una conducta demasiado influida por el principio inquisitivo. Claro está que el proceso no busca, como prueba esencial, aquella confesión; pero la misma es aceptable como tal en condiciones que garanticen las libertades enunciadas. No hay modelo alguno, con peso internacional, que niegue esta eventualidad y avanzar por caminos ignotos no parece razonable, máxime cuando no se apuntan razones jurídicas suficientes. Los excesos pueden, muchas veces, tornarse en contra de la posición asumida y negar el contrainterrogatorio puede afectar negativamente al acusado que, no se olvide, tiene derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo.

Otra cosa es que se otorgue valor probatorio negativo al silencio, posición que, aunque cada vez es aceptada en mayor medida por la jurisprudencia, es rechazable por injustificable, en tanto el silencio solo puede ejercitarse callándose, de modo que valorar esta conducta es tanto como suprimir el derecho. Cuestión distinta es leer las declaraciones anteriores, en tanto, si se hicieron, implicaron una anterior renuncia al silencio que, como tal, al manifestarse el acusado en una declaración, incluso callando, puede ser valorada en su contenido.

Dos trabajos se exponen sobre la acción civil en el proceso penal, materia esta de extrema importancia, pero tantas veces olvidada, hasta el punto de que en muchos lugares se sigue hablando de responsabilidad civil derivada del delito, cuando, como es sabido, del delito no deriva, sino de un hecho ilícito que, como tal, también podría y puede enjuiciarse, incluso paralelamente, en el proceso no penal. El que presenta

el Dr. Del Río, es técnicamente impecable y es muy recomendable su lectura y estudio. Su análisis sobre el concepto, el fundamento y naturaleza de la acción civil ejercitada en el proceso penal, en el marco del NCPP, es de referencia obligada. Por su parte, el que aporta el Dr. Vela, que comenta la novedad peruana consistente en permitir al Juez Penal resolver la cuestión civil, aunque se haya pronunciado una sentencia absolutoria o un sobreseimiento, muy importante, como importante es esta medida que, con seguridad, va a generar una notable economía procesal en aquellos que ven afectados sus derechos privados a la vez que son sujetos pasivos de un ilícito penal, aunque el mismo, al fin, no se haya determinado o no existiera. Cuidado hay que tener, no obstante, con esta nueva norma que puede favorecer la persecución penal aun cuando no exista, toda vez que la respuesta civil puede ser más rápida en el ámbito penal, más barata, al tiempo que se presiona al imputado por el mero hecho del proceso penal. Por ello, la Fiscalía debe estar atenta para que no se utilice la norma para fines espurios.

Se aborda, en fin, la prueba pericial, si bien el análisis se limita a los delitos contra la Administración Pública. Lógico en el marco de esta obra. No obstante, sería interesante ampliar, de futuro, su estudio, toda vez que la pericia es prueba esencial en el derecho procesal moderno que confiere escasa importancia a la testifical o lo debiera hacer por existir pruebas científicas y objetivas de mucho más peso y credibilidad. Analizar la pericial policial, cuyos contornos se están extralimitando o el concepto de tacha, cuya amplitud desborda lo que debe considerarse como tal, es irrenunciable. Especialmente, determinar qué debe entenderse por pericial policial, desechando aquellos informes emitidos por organismos policiales implicados en la misma investigación, en tanto, por asumir roles de esta naturaleza no pueden, a la vez, comportarse como terceros independientes, lo que constituye la esencia de la prueba pericial. Volver a un proceso policial por la vía de conferirles la pericia, aunque no sea esta la naturaleza de sus informes, es un camino que se empieza a recorrer, de nuevo, con cierta displicencia y que implica, si no se tiene cuidado, una vuelta a un poder del Estado, del Poder Ejecutivo, excesivamente amplio e impropio del proceso penal de partes.

En resumen, una segunda parte rica en conceptos, en análisis puntuales de normas precisas y que, al margen de que algunas po-

siciones puedan no compartirse, ha de servir de referencia para el estudio y la opinión, si bien no como criterio interpretativo en todo caso, pues, como se ha dicho, en tanto se trata de una obra creativa, es natural encontrar en la misma opiniones no contrastadas en la ley y la jurisprudencia. En todo caso, el debate se verá enriquecido y la crítica siempre abre nuevas puertas al saber.

Es la tercera parte la más breve y concisa. La razón, entiendo, es que la obra en su conjunto tiene como objetivo el tratamiento del NCPP, siendo, pues, básicamente, un estudio de Derecho procesal. Introducir un capítulo sobre derecho material ha sido una opción, no obstante, interesante, en tanto el mismo aborda, en cinco artículos, temas especialmente vinculados con el Subsistema Anticorrupción. No todos los que se podrían analizar en un trabajo específico, pero sí algunos relevantes, de gran calidad y precisión y que sirven para dotar al conjunto de la obra de una gran significación para el estudioso del Derecho penal. Los artículos que contiene esta tercera parte, como se ha dicho, vienen, por tanto, referidos a algunos delitos cometidos por funcionarios o contra la Administración Pública o se analizan desde esta óptica.

Así, se aborda el estudio de la prescripción penal planteando problemas interesantes acerca de su misma naturaleza que se confunde muchas veces con la caducidad y que convendría aclarar para evitar esos errores tan frecuentes. Y se hace tomando como punto básico la eficacia de la prescripción en relación con los funcionarios públicos. Se incorpora un trabajo de sumo interés y alta calidad, del Dr. García Caveró, sobre la responsabilidad penal del extraneus en delitos cometidos por funcionarios públicos, dos artículos sobre el delito de peculado de notable importancia y uno final sobre el delito de patrocinio ilícito, de contornos tan complejos, pero de indudable interés en el Subsistema Anticorrupción.

Con esta tercera parte, se concluye una obra que, cabe resumir tras estas breves páginas, como esencial en el futuro para el conocimiento del NCPP, especialmente en lo que atañe a la persecución de los delitos que se denominan de corrupción, término complejo por su indefinición, y que será un trabajo de referencia para quien quiera aproximarse al análisis y conocimiento de la materia, novedosa, por

tratarse de un nuevo Código procesal que supera tradiciones centenarias, pero asentada sobre prácticas ya antiguas en países europeos cuya legislación constituye la base de la norma peruana. Es básicamente el CPP italiano el que ha proporcionado los referentes estructurales para el NCPP, no el sistema americano, por lo que sería conveniente que las interpretaciones que se hagan intenten ajustarse en la mayor medida posible al sistema que le ha servido de fundamento. Alejarse de este y acudir a otros distintos es o puede ser un error que complique la aplicación del modelo.

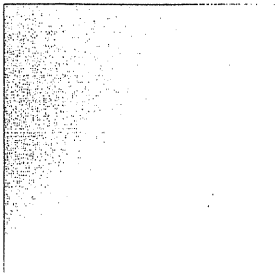
Una obra importantísima, de hondo calado intelectual, de una profundidad indiscutible. Una referencia ineludible para todo estudioso.

Mis felicitaciones a la Dra. Susana Castañeda, así como mi agradecimiento y gratitud por el encargo que me hizo. Espero haber cumplido con el mismo, con la crítica y con los elogios hechos desde la absoluta libertad innata a todo universitario y a todo jurista que se mueva con conciencia de querer contribuir al avance de la ciencia del Derecho, reconociendo el riesgo del error, pero asumiéndolo como natural y propio de la condición humana.

En Alicante, a 26 de julio de 2013

JOSÉ MARÍA ASECIO MELLADO

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante



PRESENTACIÓN

La obra colectiva intitulada Nuevo Proceso Penal y delitos contra la Administración Pública, constituye un esfuerzo de autores nacionales y extranjeros, que aceptaron participar en un proyecto que elaboré con la finalidad de dar a conocer los avances de la reforma procesal penal en esta parte del Continente, las novedades que incorpora nuestro Código Procesal Penal de 2004 y el análisis de algunos temas relativos tanto a la parte general como especial del Código Penal, pero que se encuentran vinculados a los delitos contra la Administración Pública, competencia de los Jueces que integramos el Subsistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima.

La estructura del libro consta de tres partes: La primera, denominada "Reforma Procesal Penal en Latinoamérica", que comprende cinco artículos. El primero, escrito por mi persona y, el segundo, por el Juez Superior Víctor Burgos Mariños, dedicados a nuestro país; y los tres restantes escritos por los profesores universitarios, Mauricio Duce, Gonzalo Segundo Rúa y Wilson Alejandro Martínez Sánchez, de los países de Chile, Argentina y Colombia, respectivamente.

La parte segunda, que es la más amplia, se denomina "Instituciones del nuevo proceso penal", en la cual se abordan temas de singular importancia, pero que no han merecido un tratamiento profundo por la doctrina, tales como: la videovigilancia; la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones; la cláusula de exclusión en Colombia y en el Derecho Comparado; la pericia en los delitos contra

la administración pública: criterios para su valoración; alcances del principio de imputación necesaria en el Código Procesal Penal del 2004; la declaración del acusado en juicio; y la acusación directa y el proceso inmediato.

Los mencionados artículos, han sido analizados por: Fany Soledad Quispe Farfán (Fiscal Provincial) Manuel Miranda Estrampes (España) y Mario Nicolás Cadavid Botero (Colombia), los nacionales Roberto Cáceres Julca, Nayko Techy Coronado Salazar, Bonifacio Meneses Gonzales y James Reátegui Sánchez, los tres últimos, Jueces Especializados en lo Penal.

En esta segunda parte, además, se aborda en tres artículos lo relativo a la acción civil, cuya regulación es sustancialmente distinta a la establecida en el aun vigente Código de Procedimientos Penales. Dichos artículos son: la acción civil en el nuevo proceso penal; las pretensiones civiles en el Código Procesal Penal del 2004; y el ejercicio de la acción civil en el proceso penal peruano: a propósito de las resoluciones que declaran el sobreseimiento de la causa y las sentencias absolutorias. Estos tres artículos han sido escritos por Gonzalo Del Río Labarthe y los Jueces del Subsistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima, Víctor Joe Manuel Enriquez Sumerinde y Rafael Ernesto Vela Barba.

Finaliza con el análisis de una institución que también tiene una regulación propia en el nuevo código adjetivo, nos referimos a las costas en el nuevo Código Procesal Penal, y en el cual el Juez Superior Especializado en lo Civil, Martín Alejandro Hurtado Reyes, nos ofrece una visión desde el proceso civil.

La parte tercera denominada, "Derecho Penal y Delitos contra la Administración Pública", contiene cinco artículos, dos dedicados a la parte general del Código Penal: Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal, y la responsabilidad penal del partícipe extraneus en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos. Nos brindan sus aportes, Eduardo Alcócer Povis y Percy García Cavero.

En relación a la parte especial del Código Penal, Ramiro Salinas Siccha y Alonso Peña Cabrera Freyre, escriben sobre el delito de

peculado, mientras que Sara Maita Dorregaray, analiza el delito de patrocinio ilegal.

Estoy segura que esta obra colectiva, por los temas seleccionados y la calidad de sus autores, algunos destacados profesores universitarios, y otros Jueces en lo Penal y un Juez en lo Civil, de destacada trayectoria y experiencia; contribuirá al conocimiento de un proceso de reforma procesal penal largamente esperado y a la difusión de las instituciones del Código Procesal Penal y Penal anotadas, temas que han sido abordados con rigor crítico por cada uno de los autores, a quienes expreso mi sincero agradecimiento, ya que sin su valiosa y desinteresada colaboración, su publicación no hubiese sido posible.

Asimismo, expreso mi más profundo agradecimiento al destacado y reconocido catedrático de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Alicante, don José María Asencio Mellado, quien generosamente aceptó prologar esta obra, ofreciendo al lector sus apreciaciones sobre la misma, las que sin duda son de obligatoria lectura, en la medida que constituyen reflexión y apreciación objetiva de un experto en la materia, contribuyendo -de esta manera- a su mejor comprensión y debate.

Lima, agosto de 2013

SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU
Presidenta Sala Penal de Apelaciones
Coordinadora Subsistema Anticorrupción
CPP de 2004

ÍNDICE GENERAL

- Prólogo	5
- Presentación	21

PARTE I

REFORMA PROCESAL PENAL EN LATINOAMÉRICA

1. Avances de la Reforma Procesal Penal en Perú: Implementación y aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en el Subsistema Anticorrupción. (SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU)	31
2. La reforma del proceso penal en el Perú: construyendo el modelo acusatorio. (VÍCTOR BURGOS MARIÑOS)	97
3. Diez años de reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos. (MAURICIO DUCE J.)	145
4. El proceso de reforma latinoamericano y su impacto en la selectividad. (GONZALO SEGUNDO RÚA)	197
5. La reforma al procedimiento penal acusatorio colombiano: Consecuencias en el régimen de privación preventiva de la libertad en Colombia. (WILSON ALEJANDRO MARTÍNEZ SÁNCHEZ)	231

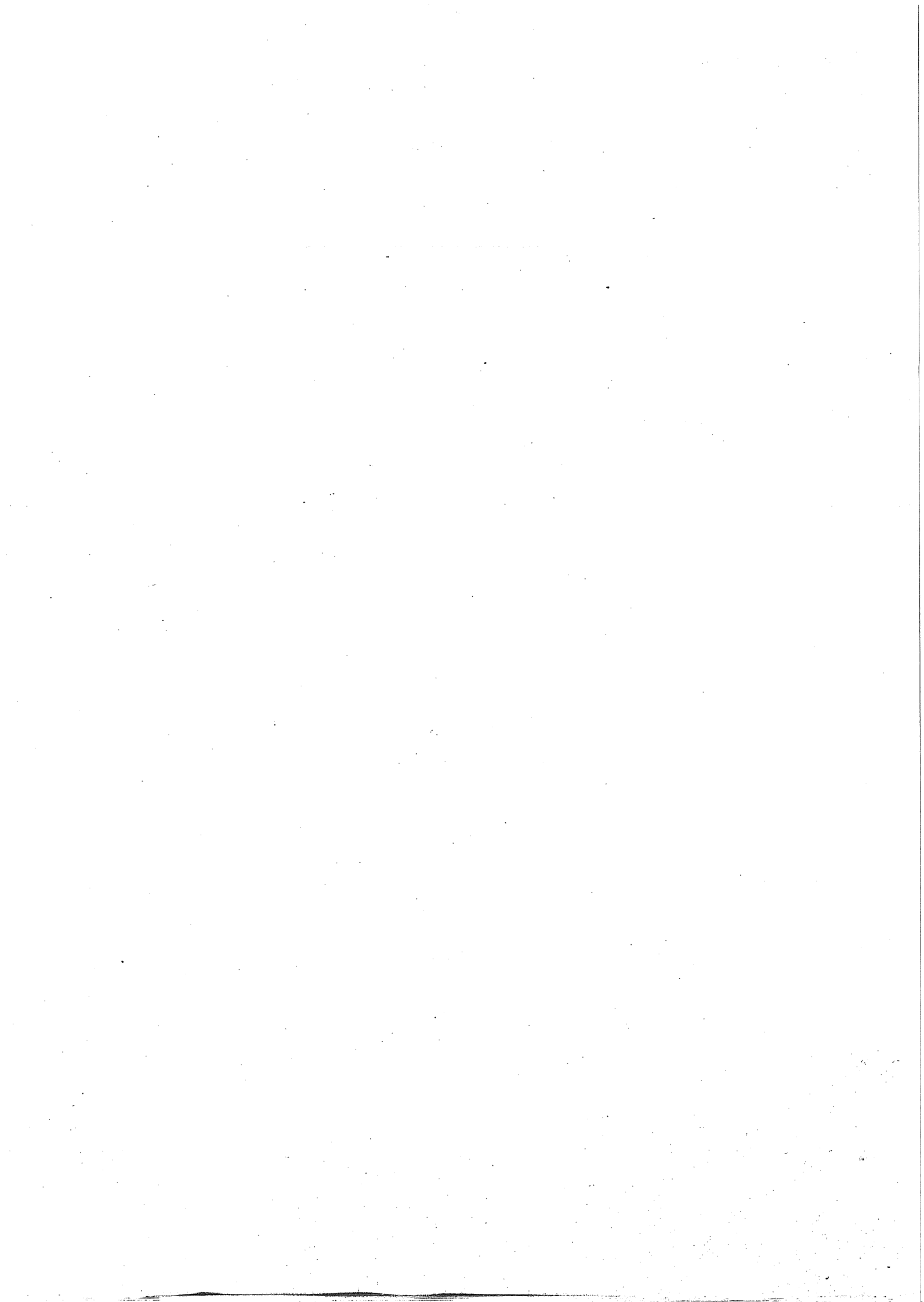
PARTE II**INSTITUCIONES DEL NUEVO
PROCESO PENAL**

1. La videovigilancia. (FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN) 289
2. La regla de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones
(análisis comparado de diferentes modelos explicativos).
(MANUEL MIRANDA ESTRAMPES) 305
3. La cláusula de exclusión en Colombia y en el Derecho
Comparado. (MARIO NICOLÁS CADAVID BOTERO) 355
4. Alcances del principio de imputación necesaria en el Có-
digo Procesal Penal del 2004. (James Reátegui Sánchez) 383
5. La pericia en los delitos contra la administración pública:
Criterios para su valoración. (ROBERTO CÁCERES JULCA) 411
6. La declaración del acusado en juicio. (NAYKO TECHY
CORONADO SALAZAR) 447
7. La acción civil en el nuevo proceso penal. (GONZALO
DEL RÍO LABARTHE) 473
8. Las Pretensiones Civiles en el Código Procesal Penal del
2004. (VÍCTOR JOE MANUEL ENRIQUEZ SUMERINDE) 503
9. El ejercicio de la acción civil en el proceso penal peruano:
A propósito de las resoluciones que declaran el sobresei-
miento de la causa y las sentencias absolutorias. (RAFAEL
ERNESTO VELA BARBA) 527
10. La Acusación Directa y el Proceso Inmediato. (BONIFACIO
MENESES GONZALES). 551
11. Las costas en el Nuevo Código Procesal Penal desde la
visión del Proceso Civil. (MARTIN ALEJANDRO HURTADO
REYES) 577

PARTE III

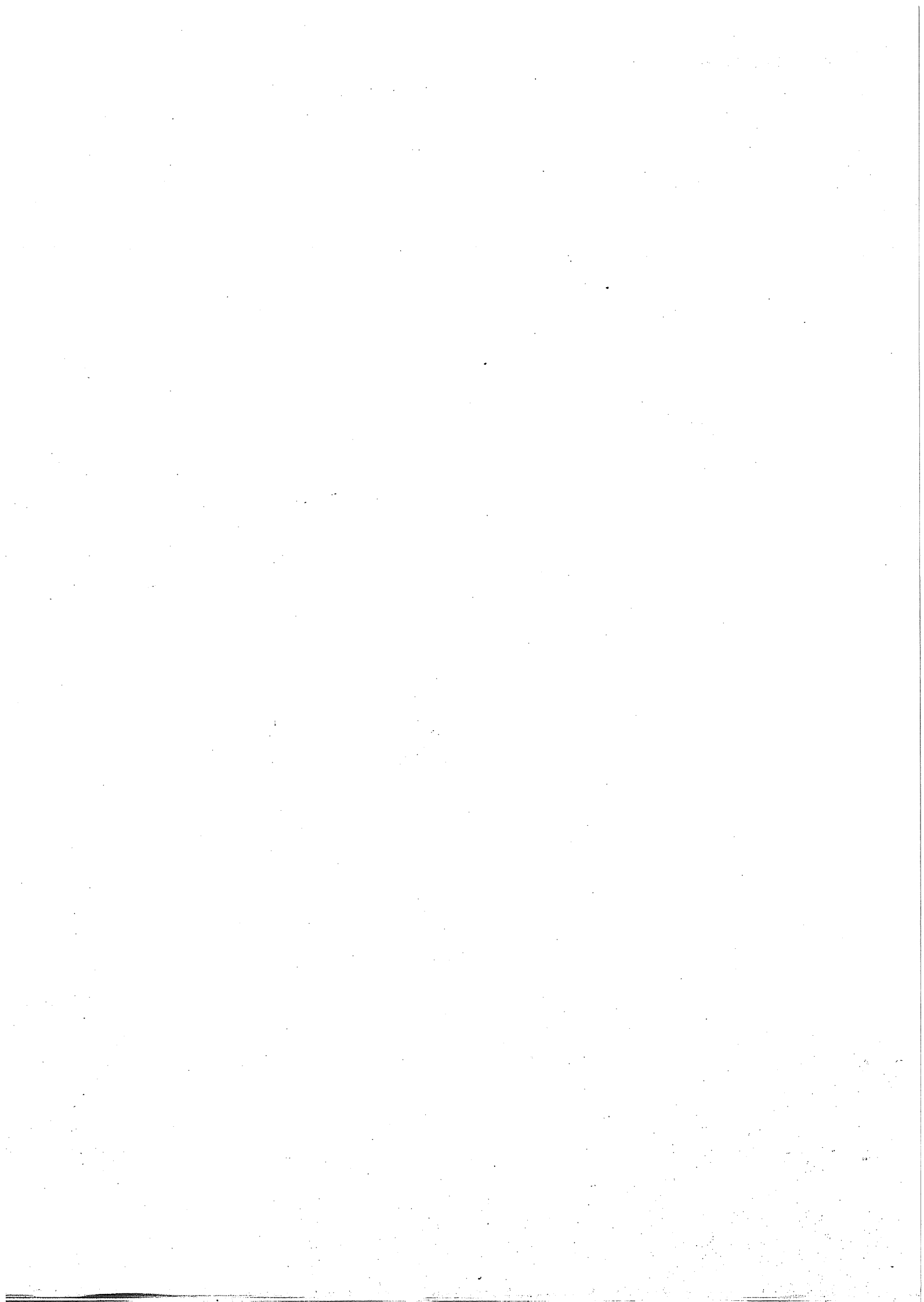
DERECHO PENAL Y DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal. (EDUARDO ALCÓCER POVIS) 597
2. La responsabilidad penal del partícipe extraneus en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos. (PERCY GARCÍA CAVERO) 625
3. Estructura típica del delito de peculado según la Ley N° 29758. (RAMIRO SALINAS SICCHA) 641
4. La no devolución de viáticos: ¿Delitos de peculado o la configuración de un delito contra el patrimonio?. Delitos de infracción de deber vs. Delitos de dominio, en búsqueda de un criterio material. (ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE) 693
5. Interpretación del tipo penal de patrocínio ilegal. (SARA DEL PILAR MAITA DORREGARAY) 725



PARTE I

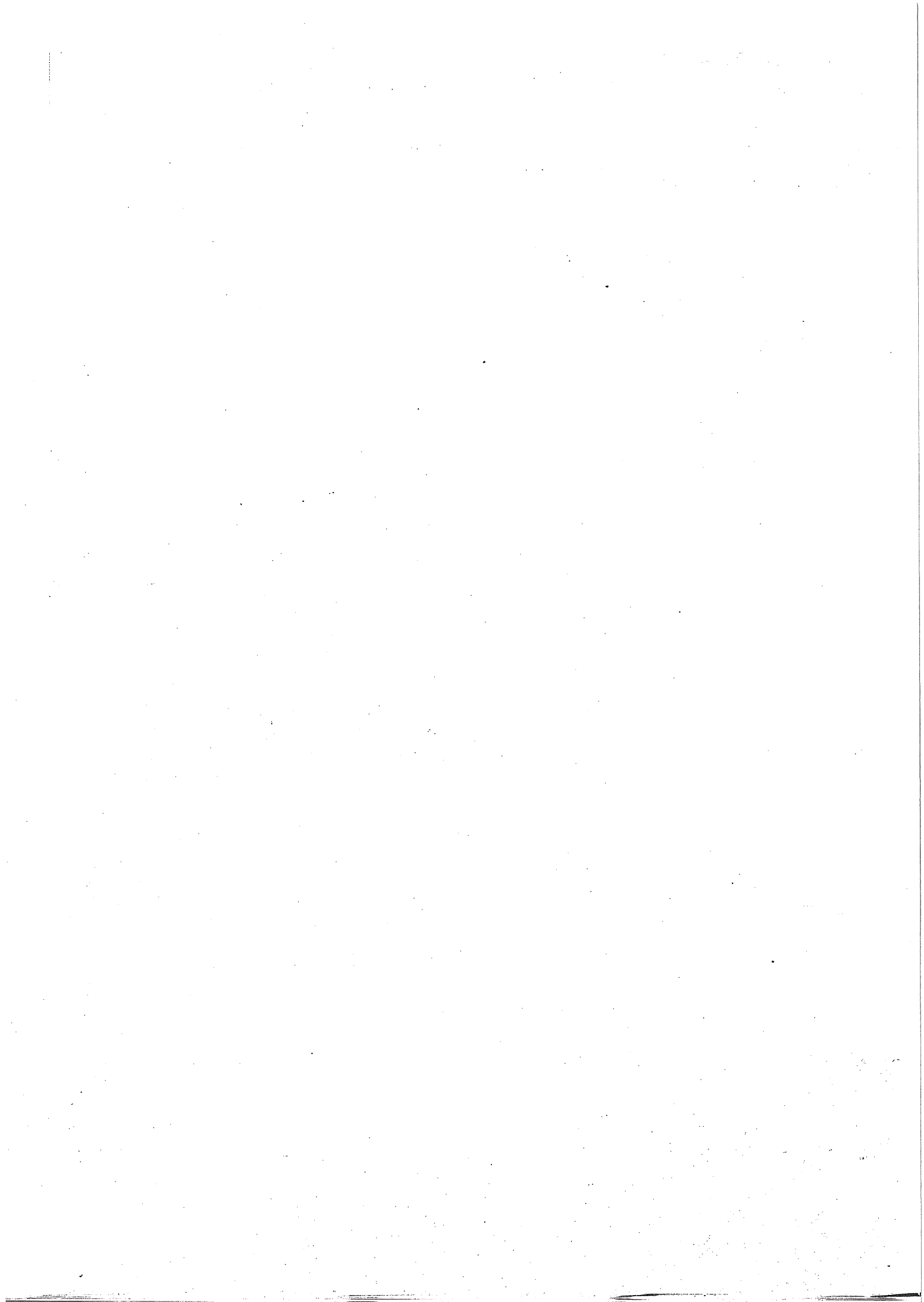
REFORMA PROCESAL PENAL
EN LATINOAMÉRICA



**AVANCES DE LA REFORMA
PROCESAL PENAL EN PERÚ:
IMPLEMENTACIÓN Y APLICACIÓN
DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
EN EL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN**

Susana Ynes Castañeda Otsu^()*

^(*) Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones y Coordinadora del Subsistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima. Magíster en Derecho Penal y Especialista en Derechos Humanos. Profesora Principal de la Academia de la Magistratura de Perú y de la Maestría en Derecho Procesal de las Universidades San Martín de Porres y PUCP.



1. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004 (en adelante NCPP) constituye en nuestro país la culminación de un proceso de reforma iniciado hace muchos años, cuyos esfuerzos empezaron a concretizarse en 1984, a partir de la Ley N° 23859^[1] que facultó al Poder Ejecutivo para que promulgue mediante Decreto Legislativo los Código Penal y de Procedimientos Penales y a la vez conformó una Comisión Revisora con la finalidad de que introduzca las reformas que estime pertinentes en el plazo de un año. Plazo que fue ampliado por la Ley N° 24911^[2], en la cual se dispuso la conformación para cada uno de los Códigos de una Comisión Revisora.

A partir de los trabajos de la Comisión Revisora del Código de Procedimientos Penales y de diversos intentos por dotar al país de un Código que sustituya al Código de Procedimientos Penales de 1940, y sin dejar de considerar las pautas del Código Modelo para

^[1] De 05 de junio de 1984.

^[2] De 25 de octubre de 1988. La Comisión Revisora estuvo integrada por tres Senadores designados por el Senado, tres Diputados designados por la Cámara de Diputados, un representante del Poder Judicial, un representante del Ministerio Público, un representante del Ministerio de Justicia, un representante de la Federación Nacional de los Colegios de Abogados del Perú y un representante del Colegio de Abogados de Lima. Y debían trabajar en base a los proyectos preparados por la Comisión creada mediante Ley N° 23859 y por la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia.

Iberoamérica, el Congreso promulgó el 25 de abril de 1991 el Decreto Legislativo N° 638 que estableció el Código Procesal Penal de 1991, el cual debió entrar en vigencia el 01 de mayo de 1992, salvo lo referente a determinados artículos los que entraron en vigencia al día siguiente de su publicación, como son: el principio de oportunidad, el mandato de detención preventiva, queja por detención no fundamentada, la comparecencia, la libertad provisional e incondicional. Sin embargo, la fecha de vigencia total se postergó^[3] luego del golpe de estado de 05 de abril de 1992, postergando su vigencia al 01 de mayo de 1994.

Mediante Ley N° 26299 de 30 de abril de 1994, se estableció la suspensión de la vigencia del Código Procesal Penal, hasta que el denominado Congreso Constituyente apruebe las propuestas de la Comisión Especial Revisora. Comisión que presentó el Proyecto de 1995 que, si bien fue aprobado por el Congreso en julio de 1995, fue observado por el Presidente de la República.

La primera observación presidencial al Proyecto de 1995 se sustentó en problemas técnicos, entre ellos, que adolecía de errores formales de concordancia y falta de correlación entre las facultades policiales respecto a la investigación del delito y la propia estructura del Código. Subsanados los problemas técnicos por el Congreso en 1997, se presentó una segunda observación presidencial referida a los fuertes egresos presupuestales que el Código generaría.

En el año 2000 se inició el período de transición para normalizar la vida democrática e institucional del país. En el plano procesal, se dictaron un conjunto de leyes que solo sirvieron para dar respuesta a concretas deficiencias legislativas, entre las que se encuentran las Leyes N°s: 27378^[4] y 27379^[5], ambas de 21 de diciembre de 2000; la Ley N° 27686^[6], de 19

^[3] Por Decreto Ley N° 25461, de 29 de abril de 1992.

^[4] Estableció beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada.

^[5] Permitió que la Fiscalía realice investigaciones preliminares antes del ejercicio de la acción penal, y solicite medidas excepcionales limitativas de derechos.

^[6] Incorporó la videovigilancia en cuanto actividad policial reglada de investigación, circunscribiéndola a los delitos en los cuales el agente actúe con violencia, lesiones y daños cometidos en el curso de manifestaciones públicas. Incorporó el

de marzo de 2002, la Ley N° 27411^[7], de 27 de enero de 2001, la Ley N° 27697^[8], de 12 de abril de 2001, la Ley N° 27454^[9], de 24 de mayo de 2001, la Ley N° 27553^[10], de 13 de noviembre de 2001, la Ley N° 27652^[11], de 24 de enero de 2002, la Ley N° 27664^[12], de 08 de febrero de 2002, la Ley N° 27753^[13], de 09 de junio de 2002 y la Ley N° 27834^[14], de 21 de setiembre de 2002. Así como las Leyes N°s. 27934^[15] y 27939^[16], ambas de 12 de febrero de 2003.

En el año 2003, se da un nuevo intento de reformar íntegramente el proceso penal, por tal motivo se expidió el Decreto Supremo N° 005-2003-JUS, de 12 de marzo de 2003, que dispuso la constitución de una Comisión Especial de Alto Nivel encargada de proponer las

segundo párrafo en el artículo 283 del Código Penal que versa sobre el entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, así como modificó el artículo 315 del Código Penal referido al delito de disturbios.

- [7] Instauró el procedimiento penal auxiliar de homonimia. Se prevé un procedimiento judicial y otro administrativo.
- [8] Desarrolla la autorización constitucional para conocer y controlar las comunicaciones de las personas por razones de imputación penal y en el marco de una investigación penal o judicial.
- [9] Incorporó el principio de la interdicción de la reformatio in peius. Circunscribe el ámbito de la decisión de alzada al objeto del recurso, salvo que la modificación sea favorable al imputado. Delimita la procedencia del recurso a su debida motivación.
- [10] Modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 referido al plazo de la prisión preventiva, y el artículo 202 del Código de Procedimientos Penales que establece el plazo de la etapa de instrucción.
- [11] Modificó las normas sobre recusación de jueces y medidas cautelares (artículos 33, 34, 36 y 95 del Código de Procedimientos Penales de 1940).
- [12] Modifica el artículo 2 del Código Procesal Penal de 1991, que regula el principio de oportunidad reglada, fija sus requisitos y procedimiento a seguir. Esta norma precisó que si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por el notario no será necesario que el juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso.
- [13] Modifica el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991 referido a los presupuestos materiales de la detención.
- [14] Modifica el artículo 127 del Código de Procedimientos Penales sobre el silencio del imputado durante el interrogatorio judicial en sede de instrucción.
- [15] Regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la investigación preliminar o preprocesal del delito.
- [16] Establece las normas que regulan el alcance de la punición en materia de faltas, así como su procedimiento.

modificaciones y mecanismos legales para la implementación del Código Procesal Penal^[17].

Mediante Decreto Legislativo N° 958, de 22 de julio de 2004 se estableció normas aplicables al proceso de implementación del Nuevo Código Procesal Penal, así como las aplicables al período de transición entre el actual régimen procesal penal y el nuevo código adjetivo. Como ya se dijo, con el Decreto Legislativo N° 957 se promulgó el NCPP, implementación que ha sido de modo progresivo y rige a la fecha de modo total en 23 distritos judiciales del país. En los 08 distritos judiciales restantes, se dispuso su implementación progresiva sólo para los delitos cometidos por funcionarios públicos, iniciándose su aplicación en el Distrito Judicial de Lima a partir de 15 de enero de 2011.

El presente trabajo tiene por finalidad dar a conocer el proceso de implementación y aplicación del NCPP en el Subsistema Anticorrupción en el Distrito Judicial de Lima, a los dos años de su puesta en vigencia^[18]. Difusión que estimamos relevante, ya que Lima es el gran reto, el desafío final de la reforma procesal penal por la importancia de los casos y la carga procesal que soporta, habiéndose postergado el inicio de su implementación en diversas oportunidades. Agregamos, también que como consecuencia de la aplicación del NCPP, se han advertido algunos problemas en la interpretación de sus disposiciones, por lo que sin perder la perspectiva de la finalidad del trabajo, se dedica un apartado a este punto.

Si bien podría sostenerse que los casos del Subsistema Anticorrupción constituyen una muestra pequeña en relación al universo de los casos

[17] En relación a la reforma del proceso penal peruano véase a SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. "La Reforma Procesal Penal Peruana: Evolución y Perspectivas". En: Anuario de Derecho Penal 2004. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_05.pdf.

[18] Información relacionada con el concepto de la llamada "responsabilidad", la cual hace referencia a la obligación que tienen los funcionarios públicos de dar cuenta de sus actos ante las autoridades competentes y ante el público por los fondos o bienes del Estado a su cargo y/o por una misión u objetivo encomendado. Cfr. GUZMAN NAPURÍ, Christian. "Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos". EN: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Dir.), *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 1ª reimp., Lima, 2006

comunes, estimamos que la implementación parcial en casos sensibles para la sociedad y de gran trascendencia por los compromisos internacionales asumidos por el Estado^[19], la experiencia que se ha obtenido de su implementación y la que se viene obteniendo con motivo de su aplicación, constituye un indicador muy importante que los Órganos de Gobierno del Poder Judicial y Ministerio Público y el Ministerio de Justicia deben tener en cuenta, conjuntamente con las experiencias obtenidas de la implementación en los demás Distritos Judiciales del país.

2. EL PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN

2.1. NORMATIVA

Es necesario señalar que la Comisión Especial de Implementación creada por el Decreto Legislativo N° 958, designó al Distrito Judicial de Huaura como sede inicial para la aplicación del NCPP, luego se dio inicio a un proceso de implementación de modo progresivo. En efecto, su Primera Disposición Complementaria y Final establece algunas reglas referidas a su vigencia^[20], siendo relevante consignar que el numeral 2 de esta disposición en su apartado final, prescribe:

^[19] Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas-Venezuela, del 29 de marzo de 1996. Aprobada por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 26757 de 13 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE, publicado el 24 de marzo de 1997. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003. Aprobada por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 28357, de 5 de octubre de 2004 y ratificada por Decreto Supremo N° 075-2004-RE, de 19 de octubre de 2004, publicada al día siguiente. Debido a los altos índices de corrupción, es que los Estados se han visto en la necesidad de adoptar estos instrumentos internacionales con el fin de promover y facilitar la cooperación internacional para combatir la corrupción, poniendo especial énfasis en tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio, así como respecto de los bienes producto de estos actos.

^[20] Entre ellas, la vigencia en el Distrito Judicial que señale la Comisión Especial de Implementación a partir del 1 de julio de 2006 y la vigencia en todo el país a partir del 1 de febrero de 2006 del proceso especial de terminación anticipada y la cooperación judicial internacional.

“El Distrito Judicial de Lima será el Distrito Judicial que culminará la aplicación progresiva de este Código”.

Una mirada al Calendario Oficial permite concluir que el Poder Ejecutivo, ha dictado diversos decretos supremos en los cuales se establecen las fechas de su aplicación. Implementación y aplicación que se inició el 01 de julio de 2006 en el Distrito Judicial de Huaura y ha continuado hasta el 01 de octubre de 2012, en los Distritos Judiciales de Loreto y Ucayali, en 21 distritos judiciales de los 31 que tiene el Poder Judicial. El calendario ha incluido diversas modificaciones, en especial en lo concerniente a los Distritos Judiciales de Callao, Lima Norte, Lima Sur y Lima^[21], que soportan una gran carga procesal en todas las áreas del Derecho -en especial Lima- y con mayor número en el área penal. Para el año 2013 no se ha previsto la implementación en ninguno de los distritos judiciales restantes, advirtiéndose una especie de paralización por parte del Poder Ejecutivo, siendo necesario que el cronograma inicialmente trazado no vuelva a ser modificado, ya que es necesario aplicar un mismo modelo procesal a nivel nacional.

Y es que en efecto, la nota característica del proceso de implementación es que, a la fecha, el NCPP debía ya estar en vigencia de modo total en el distrito judicial designado; sin embargo, esto cambió el 30 de abril de 2010, fecha en que el Poder Ejecutivo presentó con carácter de urgencia el Proyecto de Ley N° 4002/2009-PE, mediante el cual propuso adelantar su vigencia en los distritos judiciales restantes, pero sólo para los siguientes delitos contra la Administración pública: Concusión, cobro indebido, colusión, patrocinio ilegal, responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares, todas las formas de peculado, malversación de fondos, cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, con-

^[21] Inicialmente según el Decreto Supremo N° 013-2005-JUS, publicado el 08 de octubre de 2005, la implementación del CPP en el Distrito Judicial del Callao sería en el 2007; en el Distrito Judicial de Lima Norte, en el 2010; y por último en el 2011, en el Distrito Judicial de Lima. Posteriormente, según el Decreto Supremo N° 016-2009-JUS, de fecha 20 de noviembre de 2009, se estableció que la entrada en vigencia del NCPP en estos distritos judiciales sería el 1 de octubre de 2012. Finalmente, mediante Decreto Supremo N° 019-2012-JUS, publicado el 20 de diciembre de 2012, nuevamente se modificó el calendario de aplicación del NCPP, fijándose como fecha de su implementación y aplicación en los Distritos Judiciales de Lima Norte, Lima Sur, Lima y Callao, el 01 de diciembre de 2014.

tenidos en los artículos 382 a 401 del Código Penal. Además consideró que las normas del NCPP se aplican en el supuesto de delitos conexos a los delitos contra la Administración pública^[22].

Propuesta que además contenía la modificatoria de los artículos 34 y 47 de la Ley N° 29227, Ley de Carrera Judicial y el numeral 2 del artículo 94 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público. Respecto a la primera, la modificatoria se relaciona con los deberes de los jueces, tipificando un nuevo supuesto de falta grave -se modifica el numeral 6 del artículo 34 e incorpora el numeral 19 al artículo 47-. En cuanto a la segunda modificatoria, consigna los términos a utilizar cuando el Fiscal Provincial recibe una denuncia, a la vez que adiciona un párrafo al numeral 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, con la finalidad de que tanto jueces como fiscales cumplan con los plazos procesales y comuniquen a sus respectivos órganos de control un informe si incurren en retardo^[23].

En los debates congresales se puso de manifiesto que uno de los principales argumentos para el adelantamiento parcial del NCPP, era la afectación al derecho fundamental al plazo razonable de la duración de los procesos en el Subsistema Anticorrupción. Los debates se centraron

^[22] Disposición que estimamos correcta en aplicación del art. 31 del NCPP, ya que la conexión determina la acumulación, y garantiza la unidad del proceso, pues en la comisión de los hechos delictivos cometidos por los funcionarios públicos contra la Administración pública, se cometen otro tipo de delitos; entre ellos, asociación ilícita para delinquir, falsificación de documentos, encubrimiento personal, encubrimiento real, etc. Lo que ha sido corroborado por las sentencias emitidas en el Subsistema Anticorrupción, donde se han instruido y juzgado otros delitos conexos a los delitos contra la Administración pública.

La inclusión en la aplicación de las disposiciones del NCPP a los que intervienen como partícipes, también es correcta por razones de la unidad en la investigación y juzgamiento de los autores y partícipes del mismo hecho delictivo. Por otro lado, el tema que se discutió en un inicio respecto a la participación del extraneus en esta clase de delitos, ha sido unánimemente admitido en la jurisprudencia de las Salas del Subsistema Anticorrupción y Salas Penales de la Corte Suprema, en virtud a la unidad del título de imputación.

^[23] Modificatorias que a nuestro criterio no eran necesarias, como se hizo notar en su oportunidad. Cfr. CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. "Vigencia del Código Procesal Penal para delitos contra la Administración Pública: Ensayo sobre su conveniencia y repercusiones en el Subsistema Anticorrupción". En: Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima, años 6-8, 7-9, 2010, diciembre de 2010, pp. 539 a 575.

en el propósito de la Ley, señalando el congresista Sousa Huanambal tres razones para adelantar su vigencia: i) los resultados positivos que ha mostrado la implementación del NCPP en los 16 distritos judiciales donde está vigente; ii) generar un mecanismo eficaz de lucha contra la corrupción de funcionarios; y, iii) juzgar y sancionar en plazos cortos a funcionarios acusados por delitos de corrupción.

La autógrafa de la Ley denominada: “Ley que dispone la entrada en vigencia del Código Procesal Penal para delitos cometidos por funcionarios públicos y la aplicación del Proceso Inmediato” fue comunicada el 21 de junio de 2010 al Presidente de la República para su promulgación, la que fue observada respecto a la incorporación del referido proceso, expresándose entre las diversas razones que no fue contemplado su adelanto en el Proyecto de Ley por razones presupuestales. Conforme al Diario de los Debates, el Congreso se allanó eliminándose de la autógrafa el texto relacionado a la aplicación del Proceso Inmediato^[24].

Finalmente, se promulgó la Ley N° 29574, “Ley que dispone la entrada en vigencia del Código Procesal Penal para delitos cometidos por funcionarios públicos” de 15 de septiembre de 2010, la que dispuso la aplicación inmediata del NCPP, pero a la vez estableció una *vacatio legis* de 120 días de publicada la misma, lo que implicaba su puesta en vigencia a partir de 15 de enero de 2011.

Posteriormente, se emitió una nueva ley, esta vez la Ley N° 29648, publicada el 01 de enero de 2011, mediante la cual se estableció un cronograma con las siguientes fechas^[25]:

[24] Uno de los 7 procesos especiales consagrados en el Libro Quinto del NCPP. El Proceso Inmediato se regula en los artículos del 446 al 448. Ha sido interpretado por los señores Jueces en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010.

[25] La Ley N° 29574, en su Única Disposición Transitoria, dispuso la aplicación inmediata del NCPP para los procesos en que no se hubiera dictado acusación fiscal, es decir, para los que se encontraban en etapa de instrucción. La Ley N° 29648, de modo correcto, modificó la mencionada Disposición Transitoria, pues se dispuso la aplicación inmediata del NCPP solo para las denuncias que, al entrar en vigor el citado Código, se encuentren en el Ministerio Público pendientes de calificar o en investigación preliminar. En el caso de las denuncias formalizadas por el fiscal, pero que aún no habían sido calificadas por el juez, se optó por el modelo de la adecuación, es decir, deben ser devueltas a la Fiscalía a efectos de que se adecúen

- a) En el Distrito Judicial de Lima, el 15 de enero de 2011.
- b) En los Distritos Judiciales de Lima Norte, Lima Sur y Callao, el 1 de abril de 2011.
- c) En los demás distritos judiciales en los que el Código Procesal Penal aún no ha entrado en vigencia íntegramente, el 1 de junio de 2011.

En base a la normativa referida, a la fecha las disposiciones del NCPP se aplican en su totalidad en 23 distritos judiciales del país; y solo para los delitos cometidos por funcionarios públicos en los 08 distritos judiciales restantes. Según los 02 cuadros que se muestran, el cronograma de implementación es el siguiente

Cuadro N° 01
Implementación general del NCPP

DISTRITOS JUDICIALES	IMPLEMENTACIÓN GENERAL
HUAURA	1º JULIO 2006
LA LIBERTAD	1º ABRIL 2007
MOQUEGUA	1º ABRIL 2008
TACNA	1º ABRIL 2008
AREQUIPA	1º OCTUBRE 2008
LAMBAYEQUE	1º ABRIL 2009
PIURA	1º ABRIL 2009
SULLANA	1º ABRIL 2009
TUMBES	1º ABRIL 2009
CUSCO	1º OCTUBRE 2009
MADRE DE DIOS	1º OCTUBRE 2009
PUNO	1º OCTUBRE 2009
CAÑETE	1º DICIEMBRE 2009

a las normas del NCPP. Tratándose de los procesos en etapa de instrucción serán asumidos por los jueces y fiscales que designen el Poder Judicial y el Ministerio Público, respectivamente, para su conclusión progresiva bajo las normas del Código de Procedimientos Penales.

DISTRITOS JUDICIALES	IMPLEMENTACIÓN GENERAL
ICA	1º DICIEMBRE 2009
AMAZONAS	1º ABRIL 2010
CAJAMARCA	1º ABRIL 2010
SAN MARTIN	1º ABRIL 2010

Cuadro N° 02
Implementación del NCPP para delitos
cometidos por funcionarios públicos

Distritos Judiciales	Implementación delitos cometidos por funcionarios públicos	Implementación general
ANCASH	1º JUNIO 2011	1º JUNIO 2012
HUÁNUCO	1º JUNIO 2011	1º JUNIO 2012
PASCO	1º JUNIO 2011	1º JUNIO 2012
SANTA	1º JUNIO 2011	1º JUNIO 2012
LORETO	1º JUNIO 2011	1º OCTUBRE 2012
UCAYALI	1º JUNIO 2011	1º OCTUBRE 2012
APURIMAC	1º JUNIO 2011	1º ABRIL 2014
HUANCAVELICA	1º JUNIO 2011	1º ABRIL 2014
AYACUCHO	1º JUNIO 2011	1º JULIO 2014
JUNÍN	1º JUNIO 2011	1º JULIO 2014
CALLAO	1º ABRIL 2011	1º DICIEMBRE 2014
LIMA	15 ENERO 2011	1º DICIEMBRE 2014
LIMA NORTE	1º ABRIL 2011	1º DICIEMBRE 2014
LIMA SUR	1º ABRIL 2011	1º DICIEMBRE 2014

Como se advierte, el 01 de junio de 2011 culminó el proceso de implementación parcial del NCPP para delitos cometidos por funcionarios públicos a nivel nacional. En el Distrito Judicial de Lima, los jueces del Subsistema Anticorrupción aplican las disposiciones del NCPP de modo exclusivo, lo que constituye un aspecto positivo en relación a los 08 distritos judiciales restantes, en que los Jueces desempeñan esta tarea en adición a sus funciones, pues si se trata de los otros delitos que contempla el Código Penal conocen de los procesos con el mo-

delo procesal vigente desde 1940, modelo en el cual no solo se aplica el Código de Procedimientos Penales de 1940, sino también algunas disposiciones del Código Procesal Penal de 1991^[26] y del NCPP^[27].

2.2. EL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA

Como se recordará, a raíz de la difusión del video Kouri-Montesinos fue necesario implementar un sistema especializado de lucha contra la corrupción que, en el ámbito de la justicia penal, determinó la creación de órganos jurisdiccionales, fiscales, y Procuraduría Ad-hoc^[28].

En lo que concierne al Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa N° 024-2001-CT-PJ, publicada el 01 de febrero de 2001, se creó una Sala Penal Superior (denominada Sala "A") y seis Juzgados Penales Especializados Anticorrupción. Posteriormente, en el año 2003 se creó la Segunda Sala (Sala "B")^[29]; en el 2004, la Tercera Sala (Sala "C")^[30]; y finalmente, en el 2005, se crearon la Cuarta, Quinta y Sexta Salas Penales Especiales^[31].

El Subsistema Anticorrupción ha logrado sentenciar diversos casos de especial trascendencia, entre los que se citan los siguientes expedientes: N° 11-01 (caso de los vladivideos), N° 003-2002 (caso acta de sujeción), N° 043-2001 (caso FOVIPOL), N° 045-2001 (caso Oscar López Meneses), N° 019-2002 (caso interceptación telefónica), N° 017-

^[26] Artículos 2 (principio de oportunidad), 135 (mandato de detención preventiva), 136 (fundamentos del mandato de detención preventiva), 137 (duración del mandato de detención preventiva), 138 (queja por detención preventiva no fundamentada), 143 a 145 (de la comparecencia), y 182 a 188 (de la libertad provisional e incondicional). Dispositivos que entraron en vigencia el día 28 de abril de 1991.

^[27] Rige en todo el país, a partir de 1 de febrero de 2006 el proceso especial de terminación anticipada y las disposiciones referidas a la cooperación judicial internacional.

^[28] Véase al respecto JUSTICIA VIVA. Balance del Subsistema Anticorrupción a seis años de su creación (2000-2006), Lima, 2007.

^[29] Resolución Administrativa N° 129-2003 CE-PJ, publicada el 8 de noviembre de 2003.

^[30] Resolución Administrativa N° 024-2004-CE-PJ, publicada el 3 de marzo de 2004.

^[31] Resolución Administrativa N° 041-2005-CE-PJ, publicada el 25 de febrero de 2005.

2001 (caso Alex Kouri), N° 025-2001 (caso Banco Wiese), N° 08-2001 (caso velero Karisma), N° 024-2002 (caso Nicolás de Bari Hermoza Ríos), N° 052-2001 (caso denuncia de vladivideo), N° 39-2002 (caso Borobio), N° 010-2001 (caso Bedoya de Vivanco), N° 31-2002 (Caso personajes de televisión), N° 35-2001 (caso del pago de los 15 millones de dólares a Vladimiro Montesinos Torres por CTS), N° 002-2002 (caso de los vladipolos); entre otros^[32].

Sus decisiones han establecido una importante jurisprudencia especializada en materia de delitos contra los funcionarios públicos y también diversos aportes doctrinarios, permitiendo nuevos enfoques en relación a las figuras delictivas de peculado, colusión, negociación incompartible, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, entre otros. Por otro lado, ha logrado la repatriación de importantes sumas de dinero depositadas en el extranjero por los imputados procesados por delitos de corrupción de funcionarios, dinero que inclusive ha permitido que el Poder Judicial construya un edificio denominado "Zavala Loayza", destinado al funcionamiento de los órganos jurisdiccionales del Subsistema Anticorrupción, los que vienen funcionando en este desde febrero de 2013.

Pese a las relevantes sentencias dictadas, constituye una realidad que el Subsistema Anticorrupción hasta la fecha no logra concluir los procesos que se iniciaron como consecuencia de la difusión del video Kouri-Montesinos, pese a que constituye un derecho fundamental de los imputados ser procesados en un plazo razonable. Es más, varios recurrieron al proceso constitucional de hábeas corpus y han obtenido sentencias fundadas, como es el caso del hábeas corpus a favor del acusado Walter Segundo Gaspar Chacón Málaga, proceso en el cual el Tribunal Constitucional luego de evaluar las soluciones para resolver el problema de la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, se decantó por las denominadas soluciones *procesales*: la nulidad y el sobreseimiento del proceso penal, optando por la

^[32] Otras sentencias pueden ser consultadas en: BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio. *Jurisprudencia Penal Generada en el Subsistema Anticorrupción*, Tomos I y II, Palestra editores, Lima, 2006.

segunda, excluyéndolo del proceso penal^[33], solución no prevista en el Código de Procedimientos Penales.

La constatación de la existencia de procesos en giro que superaban los 5 años de inicio de la investigación fiscal y de juicios orales que han demorado más de 3 años, precisamente motivó que se presente el Proyecto de Ley N° 4002/2009-PE, y que finalmente con la promulgación de las Leyes N°s. 29574 y 29648, a la que hemos hecho referencia, entre en vigencia el NCPP en Lima el 15 de enero de 2011.

2.3. ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN

Al determinarse la vigencia del NCPP en la fecha antes mencionada, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa N° 390-2010-CE-PJ, de fecha 02 de diciembre de 2010^[34], con la finalidad de adaptar el Subsistema Anticorrupción a las nuevas competencias otorgadas a los órganos jurisdiccionales. El NCPP crea los Jueces de Investigación Preparatoria, y otorga una competencia material y funcional distintas a los Jueces Especializados en lo Penal, quienes dejan de ser jueces de instrucción en los procesos ordinarios para pasar a ser jueces de Juzgamiento en todos los procesos -que se clasifican en comunes o complejos- en los que se emite sentencia luego de un juicio oral público, en el cual rigen los principios de inmediación, concentración, oralidad, contradicción, entre otros.

En efecto, conforme a los artículos 28 y 29 del NCPP, el proceso penal precisa de jueces de investigación preparatoria y jueces de juzgamiento, estos últimos en función a la gravedad de la pena se constituyen en juzgados unipersonales o juzgados penales colegiados. Por este cambio normativo, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y para los fines de implementación del NCPP en Lima, a través de la Resolución Administrativa N° 390-2010-CE-PJ ya referida, dispuso las siguientes medidas^[35]:

[33] Sentencia del Exp. N° 3509-2009-PHC/TC, de 19 de octubre de 2009.

[34] Publicada en el diario oficial El Peruano, el 14 de diciembre de 2010.

[35] Cuando se lleva a cabo el proceso de implementación del NCPP en Lima, el CEPJ había reubicado y convertido la Sexta Sala Penal Especial en la Sala Penal de la

- La Primera, Segunda y Tercera Salas Penales Especiales en adición a sus funciones, asumen como Primera, Segunda y Tercera Salas Penales Liquidadoras, y continúan conociendo su propia carga procesal pendiente.
- La Quinta Sala Penal Especial pasa a denominarse Cuarta Sala Penal Especial y en adición a sus funciones asume como Cuarta Sala Penal Liquidadora y continúa conociendo su carga procesal pendiente.
- La Cuarta Sala Penal Especial se convierte en Sala Penal de Apelaciones, cuya carga pendiente a excepción de la que estaba para sentencia, se distribuye equitativa y aleatoriamente entre la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Salas Penales Liquidadoras.
- El Primer y Segundo Juzgados Penales Especiales se convierten en Primer y Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria.
- El Tercer y Cuarto Juzgados Penales Especiales se convierten en el Primer y Segundo Juzgados Penales Unipersonales, los cuales conformarán con el Tercer Juzgado Penal Unipersonal el Juzgado Penal Colegiado, para llevar a cabo los juicios orales de aquellos procesados a quienes se les impute delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años, de conformidad con el artículo 28.1 del NCPP.
- Crear el Tercer Juzgado Penal Unipersonal, a partir del 15 de enero de 2011.
- Crear el Primer, Segundo y Tercer Juzgados Penales Liquidadores Transitorios.

El cuadro N° 03 detalla la conversión en aplicación a la Resolución Administrativa mencionada:

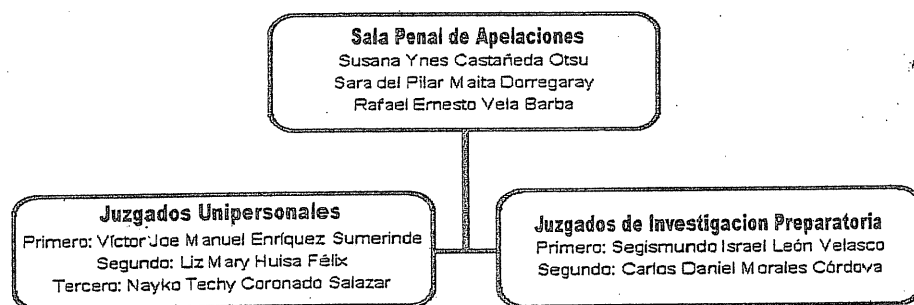
Corte Superior de Justicia de Lima Sur; y el Quinto y Sexto Juzgados Penales Especiales, se convirtieron en el 58 y 59 Juzgado Penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, respectivamente.

Cuadro N° 03

<i>Código de Procedimientos Penales</i>	<i>Nuevo Código Procesal Penal</i>
Cuarta Sala Penal Especial	Sala Penal de Apelaciones
1er. y 2do. Juzgados Penales Especiales	1er. y 2do. Juzgados de Investigación Preparatoria
3er. y 4to. Juzgados Penales Especiales	1er. y 2do. Juzgados Penales Unipersonales
	Se crea el 3er. Juzgado Penal Unipersonal

En lo que concierne a los órganos jurisdiccionales que interpretan y aplican el NCPP, se encuentra integrado a la fecha por lo siguientes jueces:

Gráfico N° 01
Jueces que conforman el Subsistema
Anticorrupción que aplica el CPP – DJ Lima



Los 3 Jueces Unipersonales conforman el Juzgado

Asimismo, es necesario indicar que el NCPP regula dentro de los procesos especiales, el denominado “Proceso por razón de la función pública”, que comprende a su vez 02 procesos por delitos de función, según el cargo del funcionario público: a) en los artículos 449 a 451 del NCPP se establece el proceso contra los altos funcionarios públicos

designados en el artículo 99 de la Constitución^[36] por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en él; y, b) en el artículo 454 del NCPP, se regula el proceso atribuido a otros funcionarios públicos, entre ellos, los jueces y fiscales superiores (numerales 1, 2 y 3 del artículo 454) y de los jueces y fiscales de primera instancia y Jueces de Paz Letrado y Fiscal Adjunto Provincial (numeral 4 del artículo 454).

Por tanto, en aplicación del numeral 4 del referido artículo 454 del NCPP, los órganos jurisdiccionales competentes para el conocimiento de los delitos de función atribuidos al Juez de Primera Instancia, al Juez de Paz Letrado, al Fiscal Provincial y al Fiscal Adjunto Provincial, así como a otros funcionarios que señale la Ley, son el Juez Superior de la Investigación Preparatoria y la Sala Penal Especial. Corresponde a la Presidencia de la Corte Superior de cada distrito judicial designar entre los miembros de la Sala Penal de Apelaciones, al Juez Superior de la Investigación Preparatoria y a la Sala Penal Especial, esta última se encargará del Juzgamiento y de conocer el recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el primero.

Para cumplir con este mandato, la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima ha emitido la normativa correspondiente. Como a la fecha solo funciona una Sala Penal de Apelaciones, la Sala Penal Especial se ha conformado con la Presidenta y 2do Juez Superior y con el Juez superior menos antiguo de la Segunda Sala Penal del Subsistema en Liquidación^[37].

^[36] De acuerdo a este artículo, corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República, a los representantes al Congreso, a los Ministros de Estado, a los miembros del Tribunal Constitucional, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a los vocales de la Corte Suprema, a los fiscales supremos, al Defensor del Pueblo y al Contralor General, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas.

^[37] Resolución Administrativa N° 059-2011-P-CSJLI/PJ, modificada por la Resolución Administrativa N° 135-2013-P-CSJLI/PJ. Esta última en su artículo cuarto dispone que la Sala Penal Especial se conforme con carácter permanente, con el primer y segundo magistrado de la Sala Penal de Apelaciones y se complete con el magistrado menos antiguo de la Segunda Sala Penal Liquidadora.

2.4. ÓRGANOS DE APOYO A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN

En el proceso de implementación se dispuso, además, la reorganización interna del personal jurisdiccional asignado al Subsistema Anticorrupción, la mayoría proveniente del Subsistema Anticorrupción que pasó a encargarse de la liquidación de procesos iniciados con el Código de Procedimientos Penales de 1940, personal que laboraba bajo el esquema de estar asignado a un determinado Juez y pasó a formar parte de un modelo de Despacho Corporativo. De este modo, pasaron a formar parte del pool del área asignada.

En relación a la organización del nuevo despacho judicial, en el proceso de implementación se contó con la experiencia proveniente de los Distritos Judiciales en los cuales se viene aplicando el NCPP, y con la normativa correspondiente emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial^[38]. El esquema organizativo del personal tanto jurisdiccional como administrativo se encuentra a cargo de la Administración del Módulo, que de modo coordinado trabaja con la Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones, que en adición a las funciones jurisdiccionales también desempeña el cargo de Coordinadora del Subsistema Anticorrupción^[39]. Administración que depende funcionalmente de la Coordinación.

En el ámbito jurisdiccional, son muy importantes las funciones que desarrollan las 03 coordinaciones: de la Sala Penal de Apelaciones, de los Juzgados Penales de Investigación Preparatoria y de Juzgamiento, y de los asistentes de audiencia.

En el ámbito estrictamente administrativo, conforme al diseño que rige en todos los distritos judiciales, se cuenta con 04 unidades: Atención al Público, Soporte Técnico, Custodia de Grabaciones y Expedientes; y de Comunicaciones.

^[38] Resolución Administrativa N° 103-2007-CE-PJ, que aprueba el Manual Tipo de organización y funciones de los órganos jurisdiccionales penales de la Corte Superior de Justicia.

^[39] Conforme a la Resolución Administrativa N° 103-2007-CE-PJ, cuando solo funcione una Sala Penal Superior, le corresponde ejercer las funciones de magistrado coordinador del módulo penal.

En la Unidad de Atención al Público, se reciben los documentos presentados por las partes procesales, los que son escaneados para ser ingresados al Sistema Integrado Judicial (SIJ). Constituye una herramienta de gran ayuda, pues garantiza la seguridad y conservación del documento físico que forma parte de un expediente, ya que al tener un respaldo digital se asegura que aun cuando transcurra el tiempo, aquel no sufra deterioro ni alteraciones como ocurre con el papel. Además, el SIJ permite acceder a los documentos digitalizados sin necesidad de recurrir al documento físico.

No obstante las bondades descritas, se advierte que el SIJ no satisface todos los requerimientos del usuario. Por ejemplo, dentro de su rango de funciones no cuenta con opciones que permitan obtener reportes estadísticos respecto a la cantidad y el tipo de requerimientos y/o solicitudes que se presentan ante cada órgano jurisdiccional, obteniéndose solo un reporte en forma masiva. Es por ello que las Coordinadoras deben realizar un control manual de la información, que puede conllevar a errores debido a la duplicidad u omisión de registro.

En cuanto al inventario de expedientes, en el caso de los Juzgados Penales Unipersonales, se han reportado inconvenientes, debido a que los cuadernos de debate son creados con un número diferente al "0", y en tal sentido el SIJ no los registra como principales, lo que determina que deba actualizarse la información de manera manual y con apoyo del personal de estadística de la Corte Superior de Justicia de Lima.

La Unidad de Soporte Técnico está a cargo del mantenimiento y reparación de los equipos informáticos del Subsistema y, a su vez, brinda permanente apoyo en todo lo relacionado con el SIJ. La Unidad de Custodia de Grabaciones y Expedientes, es la encargada del almacenamiento y cuidado de registros de audio y video de las audiencias y además atiende los requerimientos de lectura de cuadernos y expedientes judiciales a los sujetos procesales, y de copias de los registros de audio y/o video de las audiencias. Finalmente, la Unidad de Comunicaciones tiene como función el diligenciamiento de cédulas, oficios y demás documentos que emiten los órganos jurisdiccionales.

El Subsistema Anticorrupción que aplica el Código Procesal Penal 2004 está organizado jurisdiccional y administrativamente del modo siguiente, conforme aparece en los gráficos N° 02 y 03.

Gráfico N° 02
Área jurisdiccional del Subsistema
Anticorrupción que aplica el NCPP

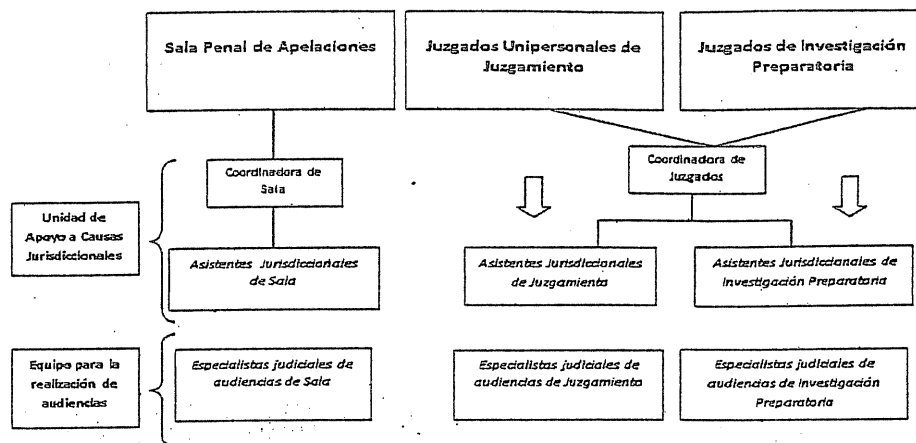
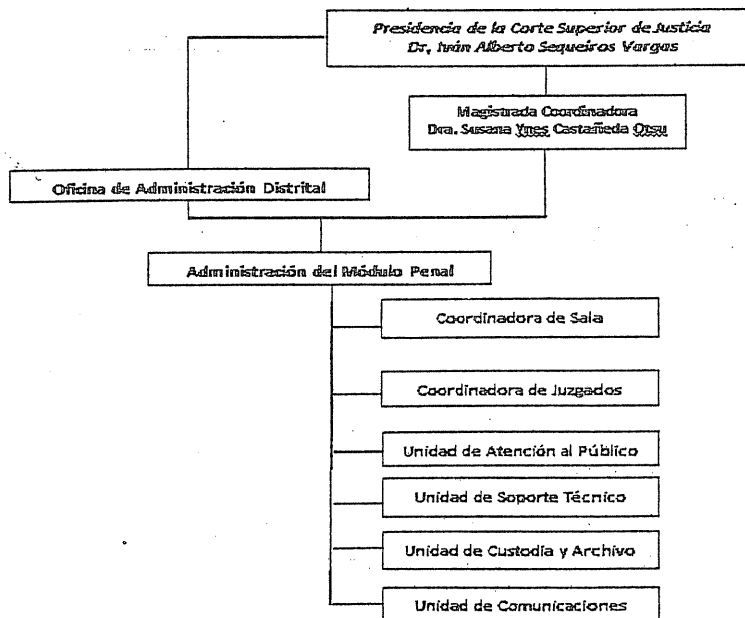


Gráfico N° 03
Área administrativa del Subsistema
Anticorrupción que aplica el NCPP

ÁREA ADMINISTRATIVA



2.5. ACCIONES EMPRENDIDAS EN EL PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN DEL NCPP

Cuando se inició el proceso de implementación del NCPP en el Distrito Judicial de Lima, se contó con el decidido apoyo del Juez de la Corte Suprema, magistrado César Eugenio San Martín Castro, quien fue elegido Presidente del Poder Judicial para el período 2010-2012, y del Juez Superior, magistrado Héctor Lama More, quien fue elegido Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima para el mismo período. En la gestión de ambos se dio el proceso de implementación y reiteramos que su apoyo fue decisivo, no obstante lo sorpresivo que resultó poner en vigencia de modo parcial el NCPP en Lima.

Entre las acciones emprendidas, supervisadas luego por la Coordinación del Subsistema con apoyo de la Administración del Módulo, mencionamos a modo de ejemplo, las siguientes:

Equipamiento de Salas de audiencias. El NCPP instaura un sistema de audiencias para resolver la mayor cantidad de requerimientos fiscales y peticiones que formulan las demás partes, garantizando los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción, igualdad de armas^[40]; que permiten un adecuado ejercicio del derecho de defensa, y sirven de sustento para afirmar el desarrollo de las mismas con respeto a los derechos que integran el debido proceso o cuestionar su afectación. En efecto, constituye una garantía para los sujetos procesales contar con una audiencia registrada en audio y video -en otros distritos judiciales por razones presupuestales las audiencias solo se registran en audio-, que permite perennizar los planteamientos de las partes y garantiza la transparencia y publicidad de los actos procesales. Además constituye una garantía para los jueces respecto a las quejas que puedan eventualmente formular las partes y los justiciables, ante las Oficinas Desconcentradas de Control Interno, órganos disciplinarios que cuentan con un elemento objetivo para resolver.

En el proceso de implementación, para el desarrollo de las audiencias se equiparon cuatro salas con sistemas de audio y video en el local asig-

^[40] Respecto a dichos principios, véase a BAYTELMAN A, Andréz y DUCE J. Mauricio. *Litigación Penal, Juicio Oral y prueba*, Editorial Alternativas, Lima, 2005, pp. 34-37

nado -Sede La Mar^[41]-, número que resultó insuficiente para el número de órganos jurisdiccionales, por lo que han sido utilizadas indistintamente atendiendo a la programación de audiencias de cada órgano jurisdiccional. Debido a que, al inicio de la aplicación del NCPP, el Ministerio Público se dedica a la actuación de las diligencias fiscales, pero luego la carga procesal se incrementa, es conveniente asignar a cada órgano jurisdiccional una sala de audiencia, a efectos de evitar su reprogramación.

Las audiencias se registran en el servidor del sistema informático, habiéndose dispuesto que se almacenen en un disco duro externo como medida de seguridad. Siguiendo las buenas prácticas implementadas en otros distritos judiciales, las partes acceden a las copias de los videos a través de la Unidad de Archivo y Custodia, garantizándose el derecho de defensa y transparencia de los actos procesales.

Luego de dos años de implementación y aplicación del NCPP estamos en condiciones de afirmar que la discusión de los requerimientos fiscales y pedidos de los demás partes procesales en audiencia y resolver en ese acto, garantiza la solución de los problemas planteados en plazos razonables, lo que es favorable a todos los sujetos procesales y en general a la sociedad. En este punto, dada la trascendencia de los casos vistos en el Subsistema Anticorrupción, es obligación del órgano jurisdiccional satisfacer con prontitud la expectativa social en los casos de mayor sensibilidad, lo que estimamos se viene haciendo. El sistema de audiencias además materializa el principio de publicidad en los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, consagrado en el numeral 4 del artículo 139 de la Norma Fundamental^[42].

Coordinación interinstitucional. En el proceso de implementación del NCPP, la Coordinación del Subsistema estimó que la coordinación con las demás instituciones involucradas en el impulso de la reforma procesal penal es un factor muy importante para su éxito. Por tal motivo, se han

^[41] Ubicada en Av. La Mar N° 1005, Av. Federico Villarreal N° 381 - Miraflores.

^[42] El numeral 4 del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Como exigencia de la publicidad, además de los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, considera los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

do diversas reuniones con los señores Fiscales, Procuradores y Defensores Públicos, a fin de viabilizar de manera eficiente su aplicación. Por ejemplo, la necesidad de que los Defensores Públicos presenten sus solicitudes con los datos correctos, conciliar el número de las estadísticas entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, el uso del correo electrónico o del teléfono para las notificaciones que emitan los órganos jurisdiccionales con el compromiso de las partes de efectuar el acuse de recibo, compromiso asumido también por casi la totalidad de abogados que litigan en el Subsistema Anticorrupción, lo que sin duda ha contribuido a la celeridad procesal; entre otros acuerdos. Acuerdos que consideramos optimizan la gestión.

Capacitación de Jueces y personal jurisdiccional y administrativo.

El nuevo sistema procesal penal destaca la clara separación de funciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, otorgándole a los Fiscales la labor de investigar y a los Jueces, la de juzgar, con lo cual se evita la duplicidad de funciones. Asimismo, el planteamiento de los problemas y su solución en audiencia determina que los jueces estén capacitados en destrezas en la conducción de técnicas de litigación oral, emisión de resoluciones orales, etc. Es necesario dar a conocer que en el año 2009 se organizaron pasantías dirigidas a los Jueces, con la finalidad de complementar sus conocimientos teóricos en el nuevo modelo procesal penal con las experiencias prácticas de los Distritos Judiciales de Huaura, Tacna, La Libertad, Arequipa, Piura y la Corte de Apelaciones de Arica.

En el año 2011, cuando se inició el proceso de implementación del NCPP, las pasantías se extendieron a los servidores judiciales; sin embargo, la aplicación del NCPP ha ido generado el planteamiento de problemas relacionados a la interpretación de sus disposiciones, lo que motivó que los jueces del Subsistema Anticorrupción diseñen un Plan Anual de Capacitación, realizándose diversos eventos académicos, contando con la participación de destacados jueces y profesores universitarios del extranjero y Perú^[43]. Capacitación que continúa y que tiene como principales impulsores a los jueces del Subsistema, aspecto que es necesario destacar.

^[43] José María Asencio Mellado y Manuel Miranda Estrampes (España) y Martín Sabelli (Estados Unidos). De Perú, Jorge Salas Arenas, José Neyra Flores, Víctor Burgos Mariños, Fidel Rojas Vargas, Giovanni Priori Pozada, Gonzalo del Río Labarthe, por citar algunos de los expositores.

Publicidad de las decisiones. El sistema de audiencias permite el control ciudadano sobre el accionar no solo de los jueces sino de todas las partes del proceso; sin embargo, consideramos que la publicidad de las actuaciones judiciales debe ir más allá de las salas de audiencia. Conscientes de la necesidad de difundir las decisiones y la programación de audiencias hacia la colectividad, la Coordinación del Subsistema Anticorrupción ha logrado que en la página web del Poder Judicial se habilite el link “NCPP - Nuevo Código Procesal Penal”, en el cual se publicitan las resoluciones más relevantes y la programación de audiencias. Además, se han instalado dos televisores en el local del Subsistema, en los cuales diariamente y desde el inicio de las labores se difunde la programación de las audiencias que los órganos jurisdiccionales llevarán a cabo en el transcurso del día, con indicación expresa del número del expediente, nombre de las partes procesales, delito imputado, hora y sala donde se ha programado la realización de las mismas.

Considerando que interesa a los jueces del Subsistema, que los abogados y los ciudadanos conozcan el modo en que el NCPP se viene aplicado, la Coordinación se trazó como meta publicar una selección de jurisprudencia correspondiente a los años 2011 y 2012, meta cumplida con la publicación del libro “Jurisprudencia Seleccionada del Subsistema Anticorrupción”.

2.6. SALA PENAL NACIONAL ESPECIAL ANTICORRUPCIÓN

Es preciso mencionar que, desde que se creó el Subsistema Anticorrupción ha dependido administrativamente de la Corte Superior de Justicia de Lima, habiéndole otorgado competencia nacional el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en los casos en que la entidad directamente agraviada tenga competencia nacional, regional o provincial^[44]. Sin embargo, con motivo de la presentación del Proyecto de Ley N° 4002/2009-PE y los debates congresales ya referidos, el mencionado órgano de gobierno del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 177-2010-CE-PJ, del 20 de mayo de 2010, dispuso la creación de una Sala Penal Nacional Especial encargada del juzgamiento de los

^[44] Resolución Administrativa N° 154-CE-PJ, del 13 de agosto de 2004, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de agosto de 2004.

delitos cometidos por funcionarios públicos, con las misma competencia que se otorgó en su oportunidad al Subsistema Anticorrupción, la que debía entrar en funcionamiento cuando se expida la norma legal que disponga la aplicación del NCPP en el Distrito Judicial de Lima, respecto a los delitos de su competencia.

La Sala Plena de la Corte Suprema, casi de modo paralelo, en sesión del 8 julio de 2010, aprobó el Proyecto de Ley^[45] que dispone la aplicación adelantada del Código Procesal Penal para delitos cometidos por funcionarios públicos o relacionados con el crimen organizado. Propuesta legislativa que se basó en tres orientaciones: a) para garantizar la viabilidad y eficacia de la implementación del NCPP, propuso circunscribir los delitos a aquellos cometidos a través de organizaciones delictivas, o que produzcan repercusión nacional; b) la vigencia del NCPP debe adelantarse a las formas de criminalidad organizada bajo los lineamientos del artículo 24 del mencionado Código^[46]; y, c) limitar la aplicación a determinadas figuras delictivas graves, bajo los dos elementos anotados, con la finalidad de configurar, por razones de una mejor gestión y reducción de inversiones, un subsistema judicial centralizado de carácter nacional, similar al de la Sala Penal Nacional^[47].

Proyecto de ley que no obtuvo ningún resultado, por el contrario como se ha señalado, el 15 de enero de 2011 entró en vigencia el NCPP para delitos cometidos por funcionarios públicos en el Distrito Judicial de Lima, sin competencia nacional. Por tal motivo y conforme a lo que acordó el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el 20 de mayo de 2010, mediante Resolución Administrativa N° 136-2012-CE-PJ, publicada el 13

^[45] A través de la Resolución Administrativa N° 015-2010-SP-CS-PJ.

^[46] Artículo 24 del NCPP: Los delitos especialmente graves, o los que produzcan repercusión nacional cuyos efectos superen el ámbito de un Distrito Judicial, o los cometidos por organizaciones delictivas, que la ley establezca, podrán ser conocidos por determinados jueces de la jurisdicción penal ordinaria, bajo un sistema específico de organización territorial y funcional, que determine el Órgano de Gobierno del Poder Judicial. Los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos; y, los delitos de secuestro y extorsión que afecten a funcionarios del Estado, podrán ser de conocimiento de los jueces de la Capital de la República, con prescindencia del lugar en el que hayan sido perpetrados.

^[47] Que se encarga del Juzgamiento de los delitos de Terrorismo, Tráfico ilícito de drogas, violación de Derechos Humanos, Tráfico ilícito de drogas, Lavado de activos, Delitos aduaneros y Tributarios y otros.

de julio de 2012, dispuso que la Sala Penal Nacional Especial encargada del juzgamiento de los delitos cometidos por funcionarios públicos se constituya al interior de la Sala Penal Nacional, con la siguiente conformación: 01 Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, 03 Juzgados Penales Unipersonales Nacionales, del que se formará 01 Juzgado Penal Colegiado Nacional cuando corresponda, y 01 Sala Penal de Apelaciones.

A mérito de las dos resoluciones administrativas detalladas, cuando se trate de los delitos cometidos por funcionarios públicos que generen repercusión nacional y el proceso sea complejo, la competencia la deben asumir los órganos jurisdiccionales antes citados. A la fecha, tiene 11 meses de vigencia, y han conocido de tres investigaciones: la primera con archivo provisional, la segunda, que se encuentra en diligencias preliminares; y la tercera, ha sido formalizada y se relaciona con la investigación relativa a los indultos concedidos durante el Gobierno del Presidente Alán García Pérez, investigación conocida periodísticamente como el caso de los narcoindultos.

Durante el lapso indicado, no se ha producido ninguna incidencia en relación a temas de competencia con el Subsistema Anticorrupción que aplica el NCPP, creemos por la escasa carga procesal que registra.

3. APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN

La gestión de los procesos en los dos primeros años de aplicación del NCPP en un subsistema especializado constituye una experiencia muy significativa, no solo porque constituye a nuestro entender un plan piloto que suministra información relevante para la implementación total del NCPP en el Distrito Judicial de Lima, detectando errores, sobre el porqué se reprograman las audiencias, y otros problemas que se presentan, sino que también permite establecer mediciones, tipologías de delitos de funcionarios que delinquen, eficacia de las investigaciones fiscales, índices de corrupción, etc.

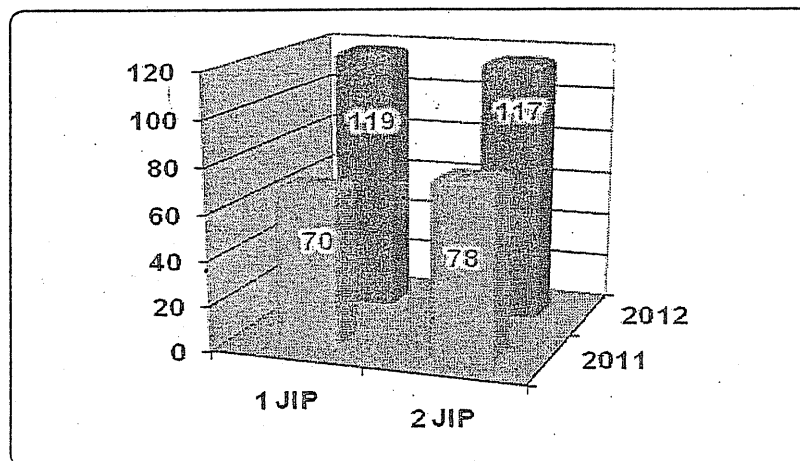
En relación a los índices de corrupción, los medios de comunicación dan cuenta de encuestas que perciben a los funcionarios y servidores públicos como muy corruptos; sin embargo, el alto índice de corrupción no se ve reflejado en las formalizaciones de investigación preparatoria, lo que debe motivar a investigar por qué lo denunciado públicamente no tiene un correlato objetivo con las denuncias ciudadanas. Es muy importante

determinar qué es lo que realmente está ocurriendo, pues de lo contrario se puede generar un clima de desconfianza ciudadana, que puede ir en contra del proceso de consolidación de la reforma procesal penal.

En cuanto a la gestión de los procesos, en los dos Juzgados se recibieron un total de 1543 ingresos, a razón de 525 en el año 2011 y 1018 en el año 2012. Al respecto, se precisa que en la cantidad total de ingresos se ha incluido a los incidentes devueltos por la Sala Penal de Apelaciones y los Juzgados Penales Unipersonales que han sido registrados en los cuadernos de ingreso de incidentes de los Juzgados de Investigación Preparatoria, así como a diversos pedidos que no dan lugar a la programación de audiencias. Del total de ingresos, es importante señalar el número de formalizaciones de investigación preparatoria, toda vez que estas generan los procesos principales de los que derivan diversas incidencias.

En el Gráfico N° 04 se observa un total de 384 expedientes ingresados al Subsistema Anticorrupción luego que el Ministerio Público emitiera la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, durante los años 2011 y 2012. Se advierte que el número total de expedientes se ha incrementado en un gran porcentaje en el año 2012.

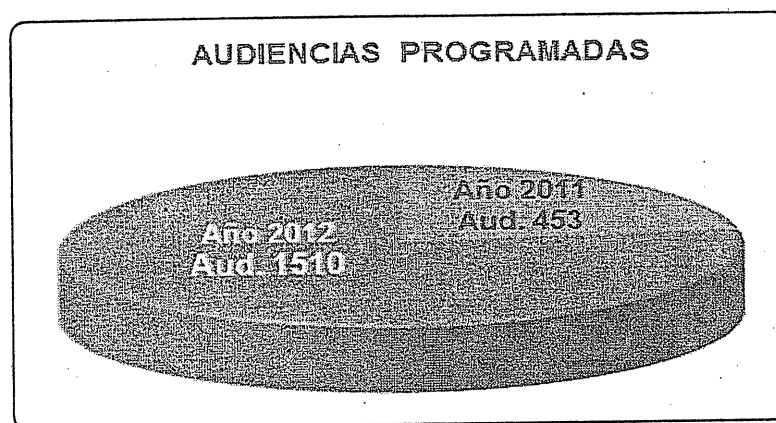
Gráfico N° 04
Formalizaciones de investigación preparatoria-
Subsistema Anticorrupción que aplica el NCPP



Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento
Elaboración: Propia.

A partir de la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria se generan diversos requerimientos fiscales y pedidos de la Procuraduría Pública y defensores de los imputados, habiendo previsto el legislador que sean debatidos en audiencia por lo que el número de audiencias es mucho mayor que el número de expedientes generados luego de dictada la mencionada Disposición^[48]. En cuanto a las audiencias programadas, es importante destacar que luego de 02 años de aplicación del NCPP, el incremento ha sido considerable, conforme se aprecia del Gráfico N° 05:

Gráfico N° 05
Audiencias programadas Subsistema
Anticorrupción que aplica el NCPP



Fuente: Sistema Integrado Judicial-SIJ (Resumen de audiencias programadas)

Elaboración: Propia.

^[48] Al respecto, Del Rio Labarthe precisa que la audiencia no es un exclusividad del ejercicio de la acción penal (acusación), sino que se encuentra presente en todas aquellas decisiones interlocutorias que configuren una limitación de derechos fundamentales, como la prueba anticipada o cualquier otra decisión crucial para el desarrollo del procedimiento, como por ejemplo cuando se solicita un ejercicio de tutela de una garantía procesal. A su criterio, la mejor forma de preservar el contradictorio es conservando la neutralidad del Juez, y exigiendo una solicitud o requerimiento que determina el inicio de un debate, la necesidad de una audiencia y la conformación de una decisión respaldada por el hecho de haber percibido una dualidad de posiciones que justifican la exigencia de una ponderación y justificación del pronunciamiento contenido en la resolución que se dicte. DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, ARA Editores, Lima, 2010, p. 49.

El incremento tiene una secuencia similar a los otros distritos judiciales, en los cuales la tendencia que se ha registrado es que el primer año, las Fiscalías de Investigación Preparatoria en los primeros meses se dedica a la adecuación de las investigaciones fiscales, actuación de diligencias preliminares con motivo de las denuncias que les presentan o la actuación de diligencias de la Investigación Preparatoria:

En relación a las audiencias programadas, se advierte que hay un significativo número de audiencias realizadas y en menor número, las audiencias frustradas. Para mayor detalle de lo afirmado y con el propósito de determinar por qué se frustran las audiencias, no obstante que el periodo de la gestión de expedientes abarca los años 2011 a 2012, se ha tomado como muestra la información referida al período de enero a abril del año 2013, pues continúa la tendencia del incremento del número de audiencias programadas. El cuadro N° 04 detalla lo siguiente:

Cuadro N° 04
Audiencias realizadas y frustradas Subsistema
Anticorrupción que aplica el NCPP

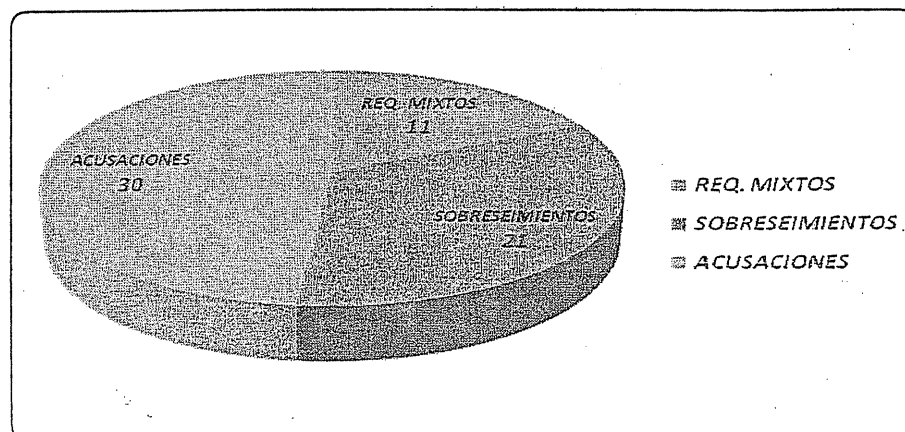
Audiencias programadas			N° audiencias frustradas/Motivo									
Programadas	Realizadas	Frustradas	Inasistencia				otros					
			defensor	testigos/agraviado	Imputados	Procurador	No se conformó Colegiado	Técnicos	notificaciones	Imputado en otra audiencia	A pedido de la defensa	Cruce de audiencias
539	442	97	34	2	23	3	12	9	8	2	3	1

Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento y Coordinación de la Sala Penal de Apelaciones

Elaboración: Propia.

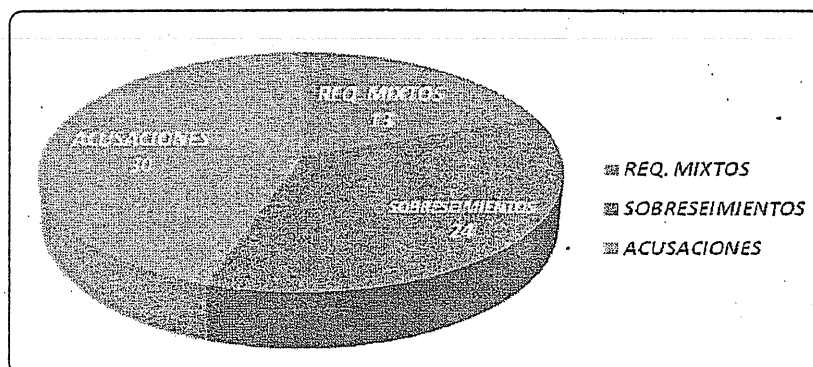
Otro dato que es relevante en la gestión de procesos, corresponde al modo en que concluyen los expedientes puestos en conocimiento del órgano jurisdiccional. Conforme al nuevo modelo procesal penal, una vez que el Fiscal Provincial comunica al Juez la Disposición de Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, esta concluye con un requerimiento de sobreseimiento o de acusación, o también puede concluir si el imputado se somete al proceso de terminación anticipada o se declara fundada una excepción deducida por este. Tomando como muestra los ingresos registrados en el año 2012, ante el Primer y Segundo Juzgados de Investigación Preparatoria, se advierte lo siguiente:

Gráfico N° 06
Requerimiento de sobreseimiento o de acusación-
1er. Juzgado de Investigación Preparatoria



Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento
Elaboración: Propia.

Gráfico N° 07
Requerimientos de sobreseimiento o de acusación-
2do. Juzgado de Investigación Preparatoria

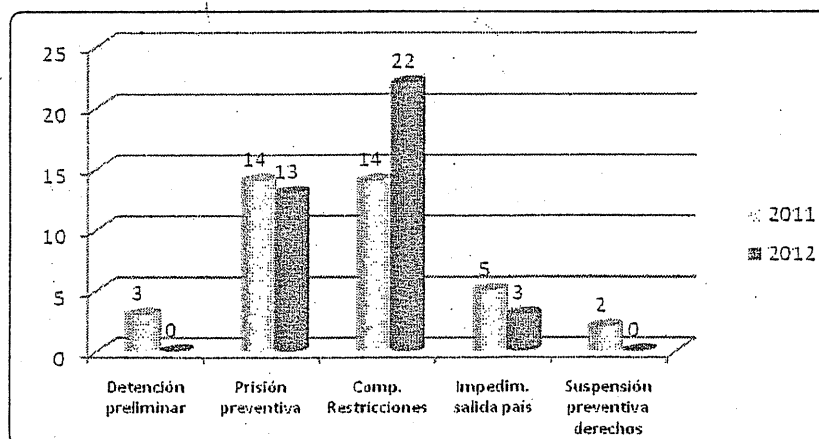


Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento
Elaboración: Propia

A continuación se presentan algunos datos correspondientes a los requerimientos fiscales y pedidos de la Procuraduría Pública y abogados defensores de los imputados, ante los dos Juzgados de Investigación Preparatoria, correspondientes a requerimientos fiscales de medidas de coerción procesal y restrictivas de derechos, y pedidos del actor civil y defensa de los imputados. Datos que permiten dar una lectura inicial a la gestión de los procesos.

a) Requerimientos de medidas de coerción procesal personal

Gráfico N° 08



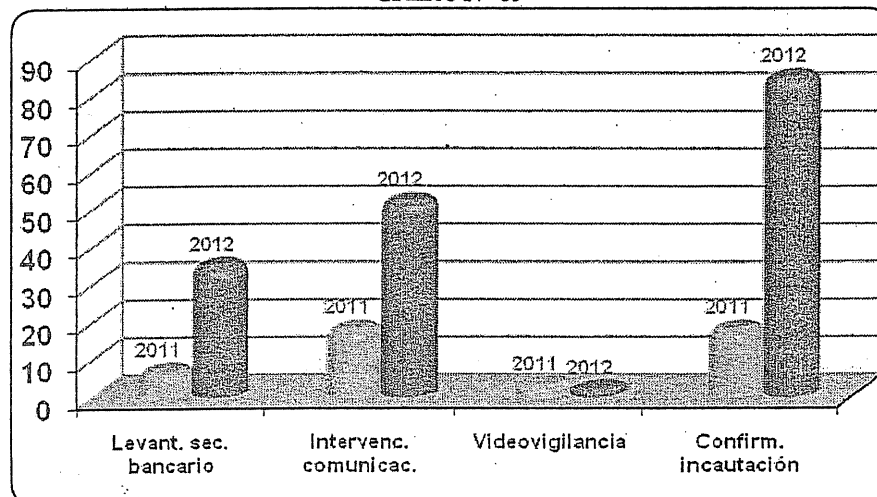
Fuente: Información proporcionada por la Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

En el año 2011 se presentaron 03 requerimientos de detención preliminar; un total de 27 requerimientos de prisión preventiva, 14 en el año 2011 y 13 en el año 2012; y un total de 36 de comparecencia con restricciones, de los cuales 14 corresponden al 2011 y 22 al 2012. También se solicitaron impedimentos de salida, 05 en el año 2011 y 03 en el 2012. Asimismo, se requirió la medida cautelar de suspensión preventiva de derechos, 02 el año 2011 y 0 en el 2012.

b) Medidas restrictivas de derechos

Gráfico N° 09



Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

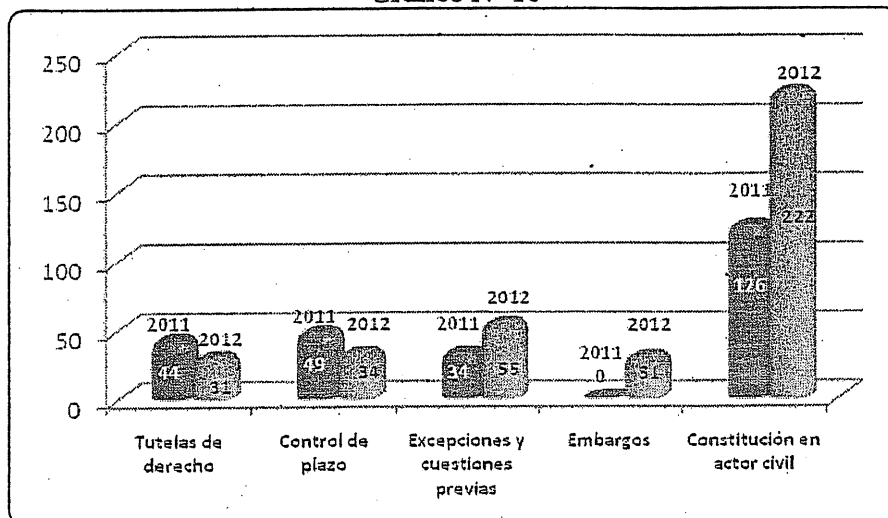
En el año 2011 se presentaron 07 requerimientos de levantamiento del secreto bancario y 35 en el año 2012.

En cuanto a la intervención de las comunicaciones, en el año 2011 se presentaron 18, mientras que en el año 2012, se presentaron 52. Se solicitó autorización para 03 videovigilancias en el año 2011 y en el 2012, 2 requerimientos.

Se solicitaron 18 requerimientos de confirmatoria de incautación en el 2011 y 85 en el 2012.

c) Pedidos del Actor civil y de la Defensa de los imputados

Gráfico N° 10



Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

Se plantearon 44 tutelas de derechos en el 2011 y 31 en el 2012; pedidos de control de plazos, 49 en el 2011 y 34 en el 2012; excepciones y cuestiones previas, 34 en el 2011 y 55 en el 2012. En cuanto a la Procuraduría Pública Especializada no se solicitó ningún embargo en el año 2011; sin embargo en el 2012 se solicitaron 31 embargos; 126 pedidos de constitución en Actor civil en el 2011 y 222 en el 2012.

Una primera lectura de los datos permite concluir lo siguiente:

- El Ministerio Público requiere en menor número el dictado de prisión preventiva, optando por la comparecencia por restricciones. En el primer supuesto, lo solicita generalmente cuando se presenta una situación de flagrancia delictiva o por gravedad de la pena.
- No se ha solicitado la medida de detención domiciliaria prevista en el artículo 290 del NCPP, a diferencia de diversas resoluciones

dictadas en el Subsistema Anticorrupción en liquidación, en las cuales varios imputados afrontaron sus procesos con arresto domiciliario, lo que determinó en un principio problemas de interpretación en cuanto al plazo máximo de su duración, no previsto en el artículo 143.1 del Código Procesal Penal de 1991, y luego en relación a la redención de los días efectivamente arrestados en el cómputo de la pena privativa de libertad^[49].

En conclusión, si no se ha solicitado esta medida de coerción procesal personal es porque el Ministerio Público ha considerado que no tiene un caso en el cual solicite arresto domiciliario, pues en este supuesto deben cumplirse en estricto los presupuestos del artículo mencionado.

- El Ministerio Público no requiere la suspensión preventiva de derechos, pese a que en varios casos el funcionario o servidor público no obstante ser denunciado continúa laborando en la institución pública, y a su criterio su presencia en ella constituye un factor objetivo de entorpecimiento de la actividad probatoria. En los dos años de vigencia del NCPP solo se ha presentado una suspensión preventiva de derechos, al amparo del art. 298.1 b) del NCPP.

En relación a las medidas restrictivas de derechos, el mayor número corresponde a requerimientos de confirmatoria de incautación. La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él^[50].

En cuanto a la intervención de control de las comunicaciones. Esta medida, prevista en los artículos 230 a 231 del NCPP se re-

^[49] Sentencia del Exp. N.º 0019-2005-PI/TC, de 21 de Julio de 2005, que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47 del Código Penal. Además, la sentencia del Exp. N.º 6201-2007-PHC/TC, de 10 de marzo de 2008. Caso Moisés Wolfenson Woloch.

^[50] Acuerdo Plenario N.º 05-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, Asunto: Incautación. Fundamento 13

fiere a la intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación, en tiempo real. En este caso, los requerimientos ingresados incluyen también reportes históricos de las llamadas y mensajes de textos que obran en poder de las empresas de telefonía o de internet; y son las constituyen el mayor número de requerimientos^[51].

- La interposición del mecanismo de la tutela de derechos fundamentales y legales del imputado, sí es utilizado por la defensa habiendo obtenido en algunos casos una medida protectora y/o correctiva de los derechos, pero en gran número ha sido desestimada.
- En mayor número, la defensa de los imputados ha obtenido resultado favorable en pedidos de controles de plazo de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria, habiendo resuelto el órgano jurisdiccional -en especial la Sala de Penal de Apelaciones- que se ponga fin a los plazos dispuestos por el Ministerio Público.
- Finalmente, el mayor número de pedidos corresponden a los de constitución en Actor civil, los que a su vez generan el mayor número de audiencias, que consideramos es desproporcionado en relación a los pedidos formulados por los abogados.

Al respecto, en los distritos judiciales en los que NCPP se viene aplicando los órganos jurisdiccionales -Juez de la Investigación Preparatoria y Sala Penal de Apelaciones- establecieron como línea jurisprudencial el realizar la audiencia de constitución en Actor civil prevista en el artículo 102 del NCPP, solo cuando se

[51] La Sala Penal de Apelaciones ha establecido la diferencia entre estos requerimientos, en el Exp. N° 000047-2011-1-1826-JR-PE-01, Juez Superior ponente Ramiro Salinas Siccha. Ha señalado que cuando el requerimiento del Ministerio Público verse sobre la información que deben proporcionar las empresas telefónicas, respecto al reporte histórico de llamadas y mensajes de texto salientes y entrantes de determinados número telefónicos en periodos determinado, debe ser tramitado según lo establecido en los artículos 202 y 203 del Código Procesal Penal previa audiencia con citación al presunto afectado, al no verificarse riesgo fundado y serio de pérdida de la finalidad de la medida.

presentaba la oposición del abogado de la defensa. Ante esta situación, los señores Jueces en lo Penal de la Corte Suprema emitieron el Acuerdo Plenario N° 05-2011/CJ-116^[52], por el cual el trámite de la constitución en actor civil debe realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

Si bien, como se sostiene en el referido acuerdo plenario, no es posible deducir de la ley que la audiencia solo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal, lo cierto es que gran número de audiencias se programan para la constitución en Actor civil sin oposición y, por tanto, sin contradicción en el desarrollo de la misma, generando una carga procesal que debe evitarse a través de una propuesta de ley en el sentido que los órganos jurisdiccionales superiores y de primera instancia venían interpretando, pues tenía sustento en el principio procesal de contradicción y además en el de economía y celeridad procesales.

- En relación al Juzgado Superior de Investigación Preparatoria, no ha tenido mayor intervención y ello obedece a que han sido investigados un ínfimo número de jueces y fiscales como sujetos activos de los delitos comprendidos en los artículos 382 a 401 del Código Penal en el ejercicio de la función. Así, en el año 2011, recibió 17 peticiones referidas a: confirmatoria y variación de incautación, constitución en Actor civil, comparecencia con restricciones, excepción de improcedencia de acción y otros.

En el año 2012, recibió 01 pedido de trámite de exhorto, 02 pedidos de constitución en Actor civil, 01 requerimiento mixto de acusación y sobreseimiento y 01 requerimiento de acusación.

^[52] Del 06 de diciembre de 2011. Asunto: Constitución del Actor Civil: requisitos, oportunidad y forma.

d) Requerimiento de procesos especiales

El NCPP establece un procedimiento que se aplica a los procesos que pueden ser comunes o complejos, cuya principal diferencia radica en el plazo de la investigación preparatoria que se ha regulado para cada uno de ellos^[53]. Pero además ha previsto 07 procesos especiales: proceso inmediato, proceso por razón de la función pública, proceso de seguridad, proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal, proceso de terminación anticipada, proceso por colaboración eficaz y proceso por faltas.

En cuanto a la tramitación de procesos especiales, en el año 2011 en los Juzgados de Investigación Preparatoria, el Ministerio Público promovió 01 proceso inmediato y 01 proceso de colaboración eficaz. En el año 2012, se promovieron 02 procesos de colaboración eficaz y 04 procesos inmediatos. De estos últimos, 03 terminaron a través de la conclusión anticipada, y el cuarto, inicialmente fue declarado infundado disponiéndose continuar con la investigación preparatoria; resolución que fue revocada por la Sala Penal de Apelaciones, que declaró fundado el requerimiento de proceso inmediato y dispuso que el Juez de la Investigación Preparatoria prosiga con el trámite del mismo. Este caso concluyó para uno de los acusados mediante conclusión anticipada y para el segundo luego de un juicio oral, cuya sentencia ha sido confirmada por la Sala Penal de Apelaciones.

e) Mecanismos de simplificación procesal

El NCCP establece mecanismos de simplificación procesal, con la finalidad de evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el Fiscal. Entre ellos se encuentran el principio de oportunidad (artículo 2 del NCPP), el proceso especial de terminación anticipada (artículos 468 al 471 del NCPP) y el procedimiento de conclusión anticipada (art. 372 del NCPP)

^[53] Seis meses con una prórroga de dos meses, tratándose de procesos comunes. Ocho meses con una prórroga de ocho meses, tratándose de procesos complejos. Así se establece en el artículo 342 del NCPP.

En relación al primero, por disposición legal no se aplica a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio del cargo, razón por la cual no constituye un mecanismo de utilidad en el Subsistema Anticorrupción.

Respecto a terminación anticipada, si bien constituye un proceso especial, se considera en este rubro, ya que su característica esencial como sostiene Pablo Sánchez lo constituye el acuerdo o la negociación entre el fiscal y la defensa, que forma parte de la formula transaccional en materia penal, ya conocida en nuestro medio a través de otras instituciones y que refleja la influencia del modelo anglosajón en sistemas, como el nuestro, donde rige el principio de legalidad^[54]. Estamos conformes en que razones de economía procesal justifican este procedimiento, a la vez que significa para el imputado la obtención de primas o beneficios y la posibilidad de culminar la incertidumbre de un juicio, que puede ser muy perjudicial; y para la víctima importa un estímulo a su pronta reparación^[55].

Constituye un mecanismo de simplificación procesal que por su importancia ha sido interpretado a través del Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116^[56], estableciéndose en el fundamento 10 los tres planos diferentes en que debe expresarse el control de legalidad del acuerdo entre el fiscal y la defensa. En el fundamento 11 se fija como criterio, de interpretación que, el control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo, el cual sólo podrá ser rechazado, si de modo evidente se estipula una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada.

En el caso del Subsistema Anticorrupción constituye un mecanismo de simplificación procesal que viene siendo utilizado en un número que

[54] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El Nuevo Proceso Penal*, IDEMSA, Lima, 2009, p. 386.

[55] TALAVERA ELGUERA, Pablo. Breves apuntes sobre los procesos especiales en el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP). EN: Artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal, Revista Institucional N° 09, Tomo II, 1° ed., Academia de la Magistratura, 2010, p. 102.

[56] Emitido por los señores jueces de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 13 de noviembre de 2009. Asunto: Proceso de terminación anticipada, aspectos esenciales.

puede considerarse alto en relación al número de sentencias emitidas luego de la conclusión de un juicio oral. En el cuadro N° 5 se advierte que el Juez de la Investigación Preparatoria en su mayor porcentaje ha aprobado los acuerdos, y que el incremento del año 2011 al 2012 ha sido también considerable.

Cuadro N° 05
Terminación anticipada -
Subsistema Anticorrupción que aplica el NCPP

Terminación Anticipada	2011	2012
Aprobadas	20	90 ^(*)
Desaprobadas	2	2
Trámite	-	2
Suspende trámite	-	1
Desistidas	-	4
Inadmisibles	-	1
Total	22	100

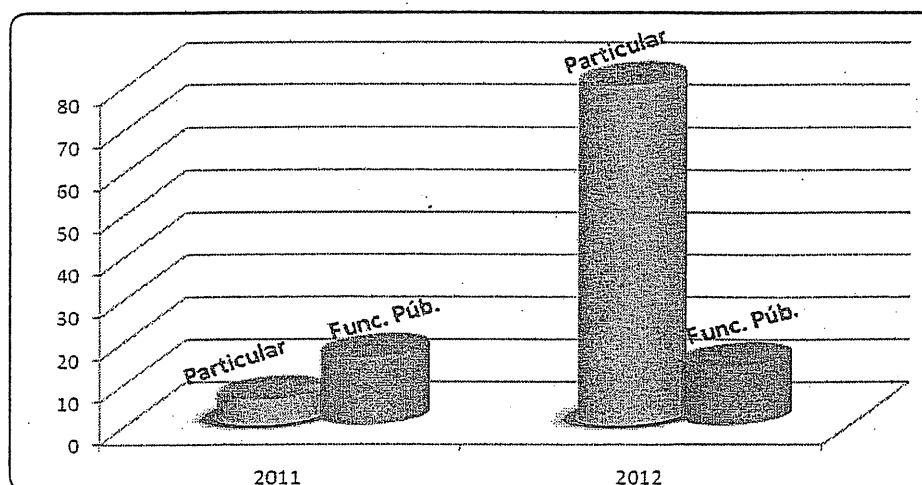
Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

(*) De las terminaciones anticipadas incoadas en el año 2012, al 31 de diciembre de 2012 quedaron 14 en trámite, de las cuales en el 2013, el Primer Juzgado de la Investigación Preparatoria aprobó 03 acuerdos, mientras que el Segundo Juzgado aprobó 09 acuerdos. Quedando 02 en trámite.

Del número de procesos que concluyeron con sentencia anticipada, un dato que estimamos debe resaltarse es el relativo a las penas que se han impuesto a quienes se sometieron a la simplificación procesal.

Gráfico N° 11
Sentenciados que se acogieron al
proceso de terminación anticipada

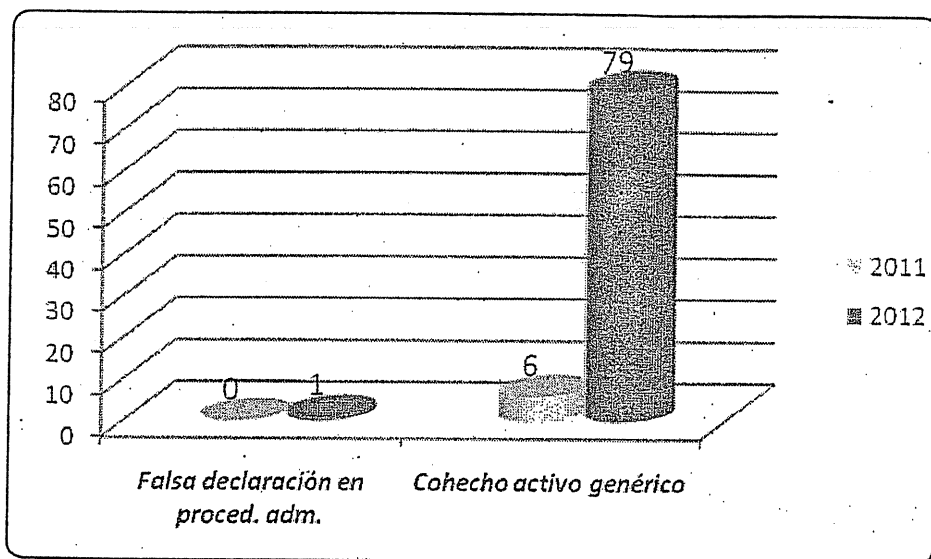


Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

En este gráfico se aprecia que la mayor cantidad de procesos de terminación anticipada corresponde a los imputados que tienen la condición de particulares. Así, de los 20 acuerdos de terminación anticipada aprobados en el año 2011, 16 se siguieron contra funcionarios públicos y 06 contra particulares. Los acuerdos aprobados en el año 2012, subieron ostensiblemente continuando la relación a los particulares, en este caso, 14 derivan de procesos seguidos contra funcionarios públicos y 80 contra particulares.

Gráfico N° 12
Sentencias de terminación anticipada
contra particulares según tipo de delito



Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

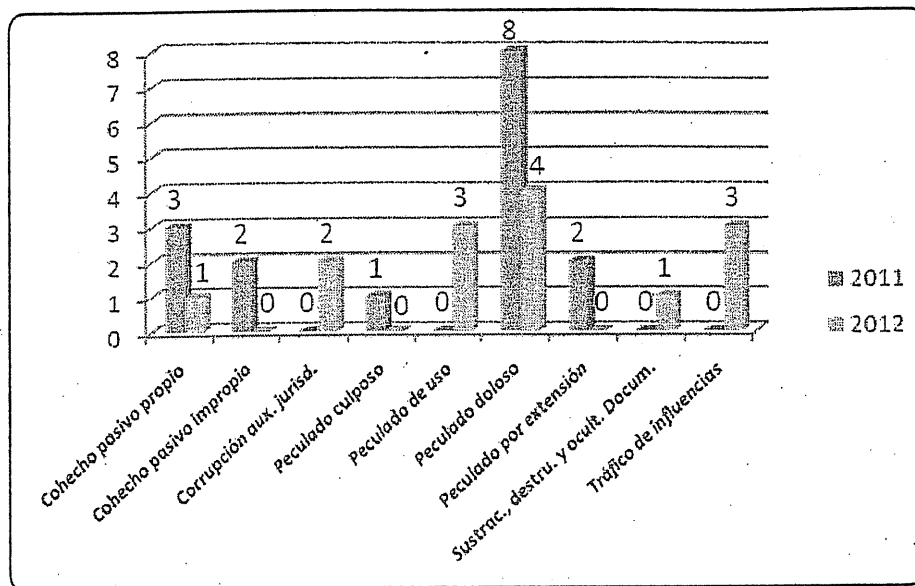
Elaboración: Propia

Del Gráfico N° 12 se advierte que en el caso de los particulares, los casos en los cuales se ha promovido la mayor cantidad de procesos de terminación anticipada son aquellos en los cuales el delito imputado es el de cohecho activo genérico, comúnmente denominado soborno^[57].

^[57] El delito de cohecho activo genérico, se configura cuando el particular bajo cualquier modalidad o medio, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio con la finalidad que realice u omita actos en violación de sus obligaciones funcionales normales. La finalidad que busca el agente es trascendente para tipificar el delito. Todas las hipótesis delictivas tipificadas en el artículo 397 del Código Penal tienen que estar vinculadas a actos generalmente inherentes a las funciones o servicio propio del funcionario o servidor que se corrompe. Véase SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, 2010, pp. 502-503. Por otro lado, Rojas Vargas refiere que la atención de la norma penal se dirige principalmente al extraneus, al sujeto indeterminado que a través de una serie de conductas trata de corromper o compromete venalmente al funcionario o servidor público para que haga u omita algo faltando o en contra de sus deberes, o en cumplimiento de las mismas. Cfr. ROJAS

El número de sentencias es el de 06 en el año 2011 y 79 en el año 2012 por el mencionado delito, y 01 sentencia por el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo emitida en el año 2012.

Gráfico N° 13
Sentencias de terminación anticipada contra funcionarios públicos según tipo de delito



Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

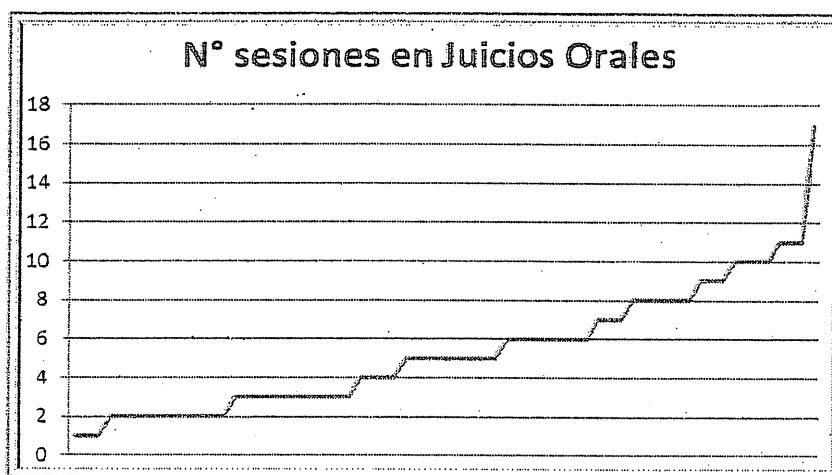
Para el caso de los funcionarios públicos, los procesos en los cuales se ha promovido la mayor cantidad de procesos de terminación anticipada, son aquellos en los cuales el delito imputado es peculado doloso (08 en el 2011 y 04 en el 2012). En segundo lugar está el delito de cohecho pasivo propio (03 en el 2011 y 1 en el 2012). En tercer lugar, están los delitos de tráfico de influencias y peculado de uso (3 en el 2012 en cada caso). A continuación, se tiene a los procesos seguidos por los delitos de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (02

en el 2012), cohecho pasivo impropio y peculado por extensión^[58] (02 en el 2011 en cada caso). Finalmente, tenemos a los delitos de peculado culposo, y sustracción, destrucción y ocultamiento de documentos (01 caso por cada delito en el año 2011 y 2012 respectivamente)

f) Juicios orales a cargo de los Jueces de juzgamiento

Los juicios orales a cargo de los 03 Jueces Unipersonales o del Juzgado Penal Colegiado, vienen siendo desarrollados en audiencias continuas, salvo los problemas de reprogramación que se han presentado por inasistencia de los imputados o de sus abogados, o de los órganos de prueba.

Gráfico N° 14



Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

[58] En el delito de peculado por extensión, el sujeto activo es el particular asimilado a la condición de funcionario o servidor público para los efectos penales, pues el inciso 4 del artículo 425 del Código penal le atribuye a determinadas personas la posibilidad de cometer las conductas de los artículos 387 a 389 del acotado Código. Por tal motivo, conforme al artículo 392 son sujetos activos los depositarios o custodios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezca a particulares encargados de guardar los bienes, esto es, que en el ejercicio de sus actividades custodian bienes privados que son encargados por un funcionario público. Cfr. R.N. N° 2162-2004 Lima, de 04 de febrero de 2005, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

Como se aprecia en el Gráfico N° 14, el número de sesiones que ha durado un juicio oral va desde 01 sesión hasta 17 sesiones, lo cual depende de la complejidad de cada caso concreto. La mayor cantidad de juicios orales han concluido en 02 o 03 sesiones de audiencia. Este dato es muy positivo, si se tiene en cuenta que uno de los problemas que afronta la justicia penal es el del retardo en la tramitación de los procesos, y conforme a los datos aportados los juicios orales concluyen en plazos razonables.

En los Juzgados Penales Unipersonales:

En el año 2011 ingresaron un total de 08 expedientes para juicio, en 05 de ellos se emitió sentencia, habiendo quedado en trámite 03 procesos. En el año 2012, se emitió sentencia en 02 y en 01 se declaró contumaz al imputado.

En el año 2012 ingresaron 64 expedientes para juicio, con el siguiente resultado:

- En ese mismo año se emitió sentencia en 49 procesos Cabe precisar lo siguiente:
 - a) En 01 proceso se condenó a un acusado y se declaró reo ausente a otro.
 - b) Un proceso se subdividió en 02 cuadernos, se emitió sentencia en uno y el segundo cuaderno fue remitido al Juzgado Penal Colegiado por ser de su competencia.
- En 01 proceso se declaró extinguida la acción penal.
- Se declararon reos contumaces en 02 casos
- Se dispuso la remisión de 01 expediente al Juzgado Penal Colegiado por ser de su competencia.
- Quedaron en trámite 11 casos, en los cuales se emitió sentencia entre enero y abril de 2013.

Un dato relevante lo constituye el elevado incremento de autos de enjuiciamiento dictados en el año 2012 en comparación al año 2011, lo que confirma la tendencia de que es casi al término del primer año de aplicación del NCPP en que el Ministerio Público requiere acusación.

En el Juzgado Penal Colegiado: En el año 2012 se registraron 03 ingresos, emitiéndose sentencia el mismo año.

Es preciso anotar que tanto los jueces unipersonales como el Juzgado Penal Colegiado han emitido sentencia en plazos razonables,

no obstante que el número de expedientes para juicio se incrementó en el año 2012.

En los juicios orales, algunos acusados se han sometido al **procedimiento de conclusión anticipada del juicio**, el que se encuentra regulado en el artículo 372 del NCPP. Según este dispositivo, el Juez luego de haber instruido de sus derechos al acusado, debe preguntarle si admite ser autor o partícipe del delito que se le imputa y si es responsable de la reparación civil. Dispositivo que además regula el procedimiento a seguir, el que no ha estado exento de problemas interpretativos en su aplicación, lo que ha determinado la necesidad de ser interpretado por los señores Jueces en lo Penal de la Corte Suprema^[59].

Hemos considerado como muestra los procesos ingresados en el año 2012, en los cuales 23 funcionarios públicos y 12 particulares se acogieron a este procedimiento. En el Cuadro N° 06 se detalla las penas y delitos.

Cuadro N° 06
Acusados que aceptan la conclusión anticipada: Penas y delitos

CANTIDAD DE SENTENCIAS	TIPO DE PENA	DELITO
12	Condenatoria con pena suspendida	Peculado
5	Condenatoria con pena suspendida	Cohecho activo genérico
4	Condenatoria con pena suspendida	Negociación incompatible
1	Condenatoria con pena efectiva	Corrupción pasiva de aux. jurisd.
1	Condenatoria con pena suspendida	Encubrimiento real
1	Condenatoria con pena suspendida	Peculado por uso
1	Condenatoria con pena suspendida	Enriquecimiento ilícito

[59] Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, de 18 de julio de 2008. Asunto: Nuevos alcances de la conclusión anticipada.

CANTIDAD DE SENTENCIAS	TIPO DE PENA	DELITO
6	Condenatoria con pena suspendida	Colusión
2	Condenatoria con pena suspendida	Cohecho pasivo específico
1	Condenatoria con pena suspendida	Cohecho pasivo propio
1	Condenatoria con pena suspendida	Incumplimiento de obligaciones

Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

Respecto a las sentencias emitidas al término del juicio oral, los datos estadísticos ponen de manifiesto que se han emitido sentencias condenatorias con pena privativa de libertad efectiva, tanto a funcionarios públicos como a particulares; y también se han impuesto condenas con pena suspendida. De igual modo, si la actuación probatoria no ha permitido establecer la responsabilidad de los acusados han sido absueltos en garantía del derecho fundamental a la presunción de inocencia

Es necesario precisar que este Subsistema conoce procesos simples y complejos, por lo que el número de acusados por cada proceso varía. Tal es así que en los casos analizados, el número de acusados ha ido desde 01 hasta 12, lo cual ocasiona diversas situaciones, como por ejemplo: a) en una sentencia se condene a 02 o más personas, b) en una sentencia se absuelva a uno o más acusados y se condene a otros acusados, c) en una sentencia solo se absuelva, d) en un mismo proceso se emitan 02 o más sentencias; por ejemplo, si un acusado o varios se someten a conclusión anticipada y se sigue el juicio oral contra los que no aceptan someterse a este procedimiento, si un acusado rehúye el juzgamiento y es declarado reo contumaz, etc.

Se ha elaborado el siguiente cuadro tomando como referencia no la cantidad de procesos, sino la cantidad de sentenciados en los expedientes ingresados en los años 2011 y 2012^[60].

^[60] En el año 2012, se inició y concluyó 01 proceso con acusación directa.

Cuadro N° 07
Cantidad de sentenciados y tipo de sentencias 2011 - 2012

Año	Total de sentenciados	Penal efectiva	Penal suspendida	Reserva de fallo	Absolutoria
2011	10	3	5	0	2
2012	116	7	48	1	60
2013	23	0	9	0	14

Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

Cuadro N° 08
Delito y N° de sentenciados a pena
privativa de libertad efectiva 2011 - 2012

Delito	N° sentenciados
Cohecho pasivo propio	3
Enriquecimiento ilícito	2
Cohecho pasivo específico	2
Corrupción pasiva de aux. jurisd.	1
Cohecho activo genérico	2

Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

Cuadro N° 09
Delito y N° de sentenciados a
pena privativa suspendida 2011 - 2012

Delito	N° sentenciados
Peculado	13
Negociación incompatible	10
Cohecho activo genérico	6
Cohecho pasivo propio	5
Colusión	8
Tráfico de influencia	3

Delito	N° sentenciados
Cohecho pasivo impropio	2
Enriquecimiento ilícito	2
Peculado de uso	2
Cohecho activo específico	1
Encubrimiento real	1
Concusión	1
Patrocinio ilegal	1
Falsedad genérica	2
Falsedad ideológica	1
Cohecho pasivo específico	2
Omisión de deberes funcionales	1
Estafa	1

Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

Cuadro N° 10
Delito y N° de sentenciados absueltos 2011 - 2012

DELITO	N° SENTENCIADOS
Colusión	16
Peculado	15
Enriquecimiento ilícito	13
Aprovechamiento indebido de cargo	5
Falsedad ideológica	5
Falsificación documento privado	4
Negociación incompatible	3
Falsedad genérica	3
Cohecho activo genérico	2
Cohecho pasivo propio	2
Omisión actos funcionales	2
Tráfico de influencias	2
Falsedad material	1

DELITO	Nº SENTENCIADOS
Concusión	1
Cohecho pasivo específico	1
Uso documento privado falso	1

Fuente: Coordinación de Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento

Elaboración: Propia

Sala Penal de Apelaciones

Conforme al artículo 27 del NCPP, la Sala Penal de Apelaciones asume competencia para el conocimiento de los recursos de apelación que se interponen contra los autos y sentencias que emiten los Jueces de Investigación Preparatoria y los Jueces de Juzgamiento, conforme al reparto de competencias establecido por el artículo 28 del NCPP.

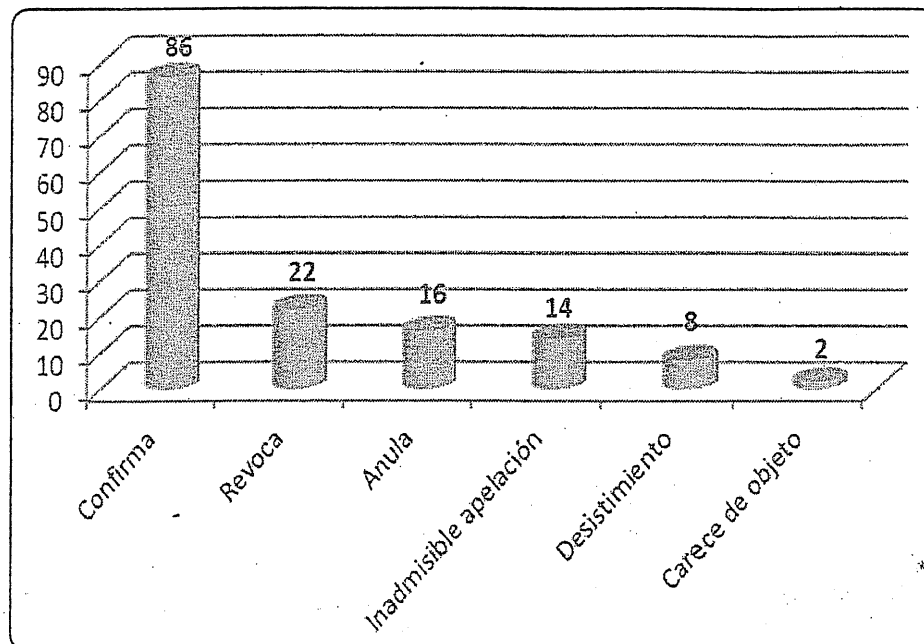
A diferencia del modelo del Código de Procedimientos Penales de 1940, la Sala Penal de la Corte Suprema ya no constituye una tercera instancia, sino una Corte de Casación^[61], lo que determina que el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia se agote con el recurso de apelación ante la Sala Penal de Apelaciones.

Una muestra de cómo la Sala Penal de Apelaciones ha conocido de diversos expedientes y/o incidentes se aprecia en los ingresos correspondientes al año 2011, los que suman en 165 y corresponden a los siguientes rubros: apelación de autos y/o sentencias provenientes de los Juzgados de Investigación Preparatoria y/o Juzgados Unipersonales y algunos pedidos de la Procuraduría Pública y abogados defensores de los imputados (como el recurso de queja, interposición del recurso extraordinario de Casación,

^[61] El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario que encuentra sustento en el artículo 141 de la Constitución Política y cuyo conocimiento corresponde exclusivamente a las Salas Especializadas de la Corte Suprema. En el ámbito penal ha sido desarrollado de manera específica en los artículos 427 al 436 del NCPP, disposiciones que deben ser interpretadas teniendo en cuenta los preceptos generales de la impugnación establecidos en los artículos 404 al 414 del acotado código. La Casación, como correctamente sostiene San Martín Castro, tiene una finalidad eminentemente defensora del ius constitutionis, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y, b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho Procesal Penal*, 2da. edición, Tomo II, Grijley, Lima, 2006, p. 991.

recusación, entre otros)^[62]. Como ejemplo se muestra el siguiente gráfico. Ingresos que se han incrementado en el año 2012, pues aproximadamente se tiene registrado 207 ingresos.

Gráfico N° 15
Resoluciones Sala Penal de Apelaciones –
Apelación de autos Año 2011



Fuente: Coordinación de la Sala Penal de Apelaciones

Elaboración: Propia

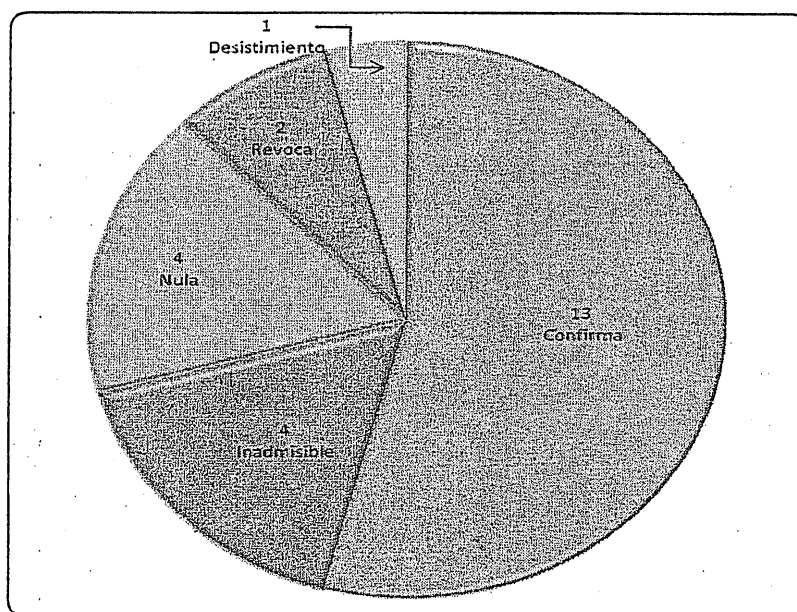
Asimismo, conoció de 04 quejas de derecho interpuestas por los sujetos procesales (Ministerio Público, Procuraduría Pública y aboga-

^[62] Se precisa que los datos que se detallan en los diferentes gráficos en relación a los ingresos de expedientes, pueden tener un margen mínimo de diferencia, pues en algunos casos la Sala Penal de Apelaciones devuelve los incidentes provenientes de los Juzgados de Investigación Preparatoria o Juzgados Unipersonales, con la finalidad de que se subsanen omisiones, como acompañar cargos de notificación, omitir pronunciamiento en un extremo de la apelación, entre otros.

dos defensores). Concedió 09 recursos extraordinarios de casación con relación a autos emitidos por la Sala Penal de Apelaciones, y declaró inadmisibles 02. Recibió 01 expediente devuelto de la Corte Suprema. Declaró 01 recusación infundada.

Por otro lado, la Sala Penal de Apelaciones en los años 2011-2012 conoció en grado de apelación diversas sentencias, que han sido resueltas conforme se aprecia en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 16
Sala Penal de Apelaciones.
Impugnación de sentencias 2011-2012



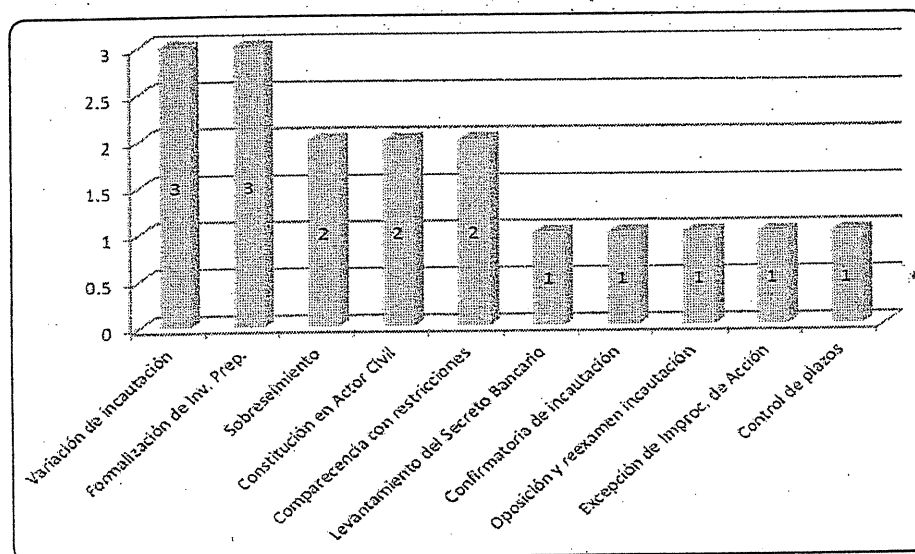
Fuente: Coordinación de la Sala Penal de Apelaciones

Elaboración: Propia

De la lectura de los datos aparece que, tanto en autos como en sentencias, se aprecia un margen elevado de acierto en las decisiones de los jueces de la Investigación Preparatoria como en los de Juzgamiento, lo que consideramos es positivo ya que denota similitud de criterios en la interpretación de las disposiciones del NCPP.

Finalmente, en cuanto a la labor del Juzgado Superior de Investigación Preparatoria y de la Sala Penal Especial, que tienen a su cargo la investigación y juzgamiento de los procesos por delitos de función atribuidos a jueces y fiscales, conforme lo prescribe el artículo 454.4 del NCPP, no se ha tenido mayor intervención y ello obedece a que han sido investigados un ínfimo número de jueces y fiscales como sujetos activos de los delitos comprendidos en los artículos 382 a 401 del Código Penal. Así, en el año 2011, Juzgado Superior de Investigación Preparatoria recibió 17 peticiones referidas a: confirmatoria y variación de incautación, constitución en Actor civil, comparecencia con restricciones, excepción de improcedencia de acción y otros.

Gráfico N° 17
Juzgado Superior de Investigación Preparatoria - Año 2011



Fuente: Coordinación de la Sala Penal de Apelaciones

Elaboración: Propia

En el año 2012, recibió 01 pedido de trámite de exhorto, 02 pedidos de constitución en Actor civil, 01 requerimiento mixto de acusación y sobreseimiento y 01 requerimiento de acusación.

En cuanto a la Sala Penal Especial, los datos registran 04 ingresos provenientes en apelación del referido Juzgado. Es importante acotar que en el año 2012 se dictó 01 sentencia absolutoria en el proceso especial seguido contra un juez de paz por el delito de Enriquecimiento ilícito.

4. INTERPRETACIÓN DE ALGUNAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CPP

Como se ha indicado, el artículo 27 faculta a la Sala Penal de Apelaciones conocer en apelación los autos y sentencias en los casos previstos por la ley, expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces de Juzgamiento, disposición que debe ser concordada con el artículo 409 que les otorga competencia para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad de oficio, en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

El sistema de recursos establecido por el NCPP otorga a este órgano jurisdiccional la tarea de ir delineando las líneas interpretativas que se constituyen en parámetros de interpretación para los jueces de la Investigación Preparatoria y los de Juzgamiento; y también para sus integrantes quienes se encuentran vinculados por sus decisiones. De allí la exigencia de efectuar una interpretación conforme a las disposiciones de la Constitución, cuyos postulados han sido recogidos en El Título Preliminar del NCPP, produciéndose la constitucionalización del proceso penal^[63].

^[63] Se presenta la consagración constitucional del procedimiento penal cuando en una carta política se le reconocen a la persona, entre otros derechos, los siguientes: a que su causa sea pública, se surta dentro de un plazo razonable y por un tribunal independiente e imparcial; a que se presuma inocente hasta que su responsabilidad haya sido legalmente declarada; a que se le informe de la naturaleza y el motivo de la acusación formulada; a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; a ser asistida por un defensor; a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra, y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal: fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, 5ta. edición, Bogotá, 2004, p. 23.

En esa línea, la Sala Penal de Apelaciones ha establecido diversos criterios interpretativos como resultado de la interpretación y posterior aplicación de las disposiciones del NCPP. Citamos a modo de ejemplo los siguientes:

Principio acusatorio. Se ha establecido que una de sus notas esenciales es la división de roles entre el Ministerio Público^[64] y el órgano jurisdiccional, lo que determina que la función de investigación se encuentre a cargo del Ministerio Público, como titular de la acción penal y de la carga de la prueba^[65] y la del juicio, a cargo de los jueces de juzgamiento (artículo 28.3 del CPP). El Juez de la Investigación Preparatoria, concebido como un juez de garantías, ejerce los actos de control de las partes procesales y las demás atribuciones que el legislador le ha concedido según el artículo 29 del Código Adjetivo.

Ha considerado además, que constituye una obligación del Fiscal tener en cuenta lo relativo a la imputación necesaria o suficiente, al momento de emitir la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, imputación necesaria que constituye una

^[64] Según Mauricio Duce, el hecho histórico que la etapa de instrucción se haya engullido al juicio y que, en la práctica del sistema inquisitivo reformado, los jueces asuman un rol protagónico en la producción de la prueba en el juicio, relegó también al Ministerio Público a un papel secundario en esta etapa. Ver: DUCE J. Mauricio. "El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del Estado de los cambios". EN: El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Palestra, Lima, 2005, p. 93. Por otro lado, en el nuevo modelo, el Fiscal es el primer funcionario dentro del sistema jurídico penal que tiene en sus manos la facultad de decidir el futuro de la persona que podría ser expuesta al sistema procesal penal. Cfr. QUINONES VARGAS, Héctor. Principios Generales para la comprensión de la Reforma Procesal Penal en la República Dominicana, Derecho Procesal Penal, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2007, p. 255.

^[65] Artículo 159 de la Constitución Política. Principio que ha sido desarrollado en el artículo IV del Título Preliminar del NCPP, y en sus diversas reglas generales y específicas. Los señores Jueces en lo Penal de la Corte Suprema en similar sentido establecieron que una de las líneas rectoras del Código Procesal Penal es el principio acusatorio que se caracteriza fundamentalmente por la separación de funciones de investigación y acusación, con las de juzgamiento y decisión. En consecuencia, constitucionalmente la investigación y acusación penal son monopolio del Ministerio Público, del mismo modo que el Juzgamiento y decisión son de cargo del Poder Judicial. Cfr. Casación N° 54-2009-La Libertad, de fecha 20 de julio de 2010.

manifestación implícita del derecho fundamental de defensa y cuyo contenido esencial debe ser interpretado en un sentido amplio, como la obligación de todos los poderes públicos de informar oportunamente de los hechos y cargos de imputación (penales, disciplinarios, administrativos sancionatorios, etc.) que pesan en contra del ciudadano. Trátándose de una investigación preparatoria dicha obligación corresponde al Ministerio Público, y no solo tiene su alcance correctivo a partir de dicha imputación, basado en el principio de legalidad material y de los derechos de defensa y motivación de las resoluciones, sino también en el control del requerimiento de acusación^[66].

Imputación necesaria que inclusive sirve como correctivo en el pronunciamiento de la sentencia, cuando el "Juez de Control ha inobservado la incorporación de un hecho nuevo en la acusación no previsto en la formalización"^[67], esto último se condice con el principio de congruencia procesal^[68]. Derecho que precisa que el imputado conozca los hechos considerados punibles por la denuncia o la acusación lo antes posible o en el momento procesal oportuno, de tal manera

^[66] El Tribunal Constitucional estableció como jurisprudencia la nulidad de los autos apertorios de instrucción por falta de motivación, bajo la vigencia del Código de Procedimientos de 1940. Los defensores de los imputados han pretendido lo mismo en relación a la Disposición de formalización y continuación de la Investigación preparatoria, por lo que ha sido necesario que se emita el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, de 26 de marzo de 2012, sobre Audiencia de tutela e imputación suficiente.

^[67] Fundamento 30 de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Exp. 00001-2011-4, Lima, 27 de enero de 2012, en la que se consigna: "En cuanto al tercer hecho imputado, consistente en poseer cuentas corrientes en distintas entidades bancarias y financieras, el Colegiado precisa que es una imputación genérica e incierta que afecta el principio acusatorio y el derecho de defensa (...) Imputación que no ha sido considerada en la Disposición de formalización y continuación de la investigación Preparatoria; sin embargo, aparece en el requerimiento de acusación fiscal y auto de enjuiciamiento, infringiéndose lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 349 del NCPP". Juez Superior ponente, magistrada Susana Castañeda Otsu.

^[68] La correlación que se da entre la Disposición de la formalización de la Investigación Preparatoria y el requerimiento de acusación con la sentencia escrita, está descrita en el numeral 2 del artículo 349 del NCPP "La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica"; y numerales 1 y 2 del artículo 397 del NCPP.

que pueda estructurar razonablemente su defensa con arreglo a esa inculpación, pues no es posible defenderse de lo que no se conoce^[69].

Otras de las manifestaciones del principio acusatorio implica que el órgano jurisdiccional no puede devolver al Ministerio Público la Disposición de formalización y continuación de la Investigación preparatoria a fin que subsane alguna omisión, toda vez que las irregularidades en que se hayan incurrido en ella pueden ser evaluadas en todo caso, por un Fiscal Superior al interior de propio Ministerio Público al ser un organismo autónomo jerárquicamente organizado.

Asimismo, teniendo en cuenta que una de las notas esenciales de este principio, es que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público y la función de acusación es privativa de este Órgano constitucional^[70], ha determinado que otra de las acepciones de este principio es que debe existir correlación entre la Disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria y el requerimiento de acusación, conforme lo precisa el artículo 349.2 del CPP^[71]. Sin embargo, la identidad debe ser parcial, toda vez que la finalidad de la investigación preparatoria es que el Fiscal recabe nuevos elementos de convicción o incorpore nuevas circunstancias que rodean al injusto penal.

En conexión a este principio, la Sala ha reiterado que conforme al artículo 352.2 del NCPP, en la etapa intermedia, el Fiscal pueda efectuar las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corres-

^[69] SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio. *Estudios de Derecho procesal penal*. Grijley, Lima, 2012, pp. 445-446.

^[70] Según lo ha establecido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Queja N° 1678-2006-Lima, de 13 de abril de 2007; y Casación N° 54-2009-La libertad, de 20 de julio de 2010, fundamento quinto.

^[71] La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica. En relación a la correlación entre la acusación y sentencia como nota esencial del principio acusatorio, la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional ha sido constante. Véase el voto minoritario de la magistrada Castañeda Otsu, Primera Sala Penal para procesos con Reos Libres, sentencia del 07 de octubre de 2003 y Exp. N° 1939-2004-HC/TC, caso Ricardo Ernesto Gómez Casafranca. También la sentencia emitida por el magistrado León Velasco, del 39° Juzgado Penal de Lima y Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, Caso Manuel Enrique Umbert Sandoval.

ponda, con intervención de los recurrentes^[72]. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal. Control sustancial y formal de la acusación que ha sido interpretado por el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, emitido por los señores Jueces en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, otra de las manifestaciones del principio acusatorio, consiste en que el Juez de la Investigación Preparatoria no puede cuestionar los hechos y la tipicidad expuestos en la acusación fiscal. A este órgano jurisdiccional se le reserva la facultad de dictar el sobreseimiento de oficio, pero respetando los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la imputación (art. 344.2 y 352.4 del NCPP). Y al Juez de Juzgamiento se le ha reservado la facultad de desvinculación de la calificación jurídica de los hechos propuesta por el Ministerio Público en la postulación de su acusación, para lo cual deberá respetar el procedimiento establecido en la ley (art 374.1 NCPP). Desvinculación que puede ser de oficio o derivar de un pedido expreso que efectúe el abogado defensor al Juzgador en juicio oral solicitando se aplique la norma que desde su perspectiva jurídica resulte más favorable a los intereses de su patrocinado, pues como se ha establecido la acusación contiene un título de imputación o calificación siempre provisional.

Tutela de derechos. La Sala Penal de Apelaciones tiene establecido que la institución de la tutela de derechos, prevista en el artículo 71.4 del NCPP, es una garantía de específica relevancia procesal penal que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos en el artículo 71 del acotado Código, entre ellos, el derecho de defensa, la exclusión de prueba prohibida. De este modo,

^[72] Se trata por tanto, de aclaración de circunstancias, que vienen a ser aquellas situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del agente. Conforme sostiene Víctor Prado, se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuricidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de la pena aplicable al hecho cometido. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *La Reincidencia, Habitualidad y Concurso Real de Delitos: Nuevos Problemas en la Determinación Judicial de la Pena*, Lima, Centro de Investigaciones Judiciales, 2008. p. 551.

se faculta al imputado acudir al Juez de la Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales^[73].

La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a diversos pedidos de tutela, inclusive por parte de los agraviados. Se cita como ejemplo el pronunciamiento relativo a la expedición de copias gratuitas solo a los defensores de los imputados de escasos recursos económicos en una interpretación del numeral 7 del artículo 84 del NCPP de conformidad con la Constitución^[74]. Este dispositivo consagra como uno de los derechos del abogado defensor el acceder al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, con las limitaciones que prevé la Ley, y obtener copias simples de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.

Para resolver se tuvo en consideración lo dispuesto por el numeral 16 del artículo 139 de la Constitución, que establece el principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y en los casos que la ley señala. Que la Norma Fundamental consagra en principio, un derecho de alcance general a favor de todas las personas de escasos recursos, que comprende dos aspectos: poder litigar sin tener que adelantar lo que técnicamente se llaman costas, y contar con un abogado patrocinante gratuito.^[75] Gratuidad que podría comprender a todos los que intervienen en un proceso si las leyes de desarrollo constitucional así lo establecen^[76].

^[73] Institución procesal que ha sido interpretada por el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010. Asunto: Audiencia de tutela. Y posteriormente, por el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, ya mencionado.

^[74] Exp. N° 00027-2011-1-1826-SP-PE-01, Resolución N° 3, de 19 de mayo de 2011. Juez Superior ponente Castañeda Otsu.

^[75] ARIANO DEHO, Eugenia. "Artículo 139 Gratuidad en la Administración de justicia". En el Colectivo: La Constitución Comentada-Análisis artículo por artículo, Director Walter Gutiérrez, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 592 – 595

^[76] Regulación distinta de otros ordenamientos constitucionales, como el caso de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo artículo 17 prescribe que el servicio de administración de justicia será gratuito, "quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales"

Considera que el mandato constitucional ha sido desarrollado por el artículo I del Título Preliminar del NCPP, que consagra que la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales^[77] y por la Ley N° 29360 -Ley del Servicio de Defensa Pública- cuyo artículo 5 prescribe como una de las principales funciones de este servicio, el brindar asesoría y defensa gratuita a quienes no cuenten con recursos para contratar una defensa privada, que el Tribunal Constitucional ha interpretado que en el ámbito judicial, el mandato constitucional mencionado se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito^[78], y lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Pakelli.

Teniendo en cuenta la circunstancia de que el Código Procesal Penal viene siendo implementado de modo progresivo en el país precisamente por motivos presupuestarios y el principio de razonabilidad, establece como criterio interpretativo que al defensor público de un imputado que no cuente con recursos económicos debe otorgársele copias simples gratuitas del expediente fiscal y judicial, las que en atención al mencionado principio deben ser las necesarias para facilitar el ejercicio del derecho de defensa.

Plazo razonable de las diligencias preliminares. El artículo 334.2 del NCPP establece que el plazo de las diligencias preliminares es de 20 días salvo que se produzca la detención de una persona, dispositivo que faculta al Fiscal fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

Como no se estipula un plazo ya que se alude a uno razonable, el problema interpretativo se planteó porque el Fiscal a cargo de las diligencias preliminares consideró que el plazo inicial de las diligen-

^[77] En los artículos 497 al 507 del NCPP se regula las costas, las que serán impuestas al imputado cuando sea declarado culpable. Se establece también la exoneración de la imposición de costas a quien obtiene auxilio judicial.

^[78] Exp. N° 0048-2004-PI/TC. Interpretación a nuestro criterio acorde con lo estipulado por el artículo 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual toda persona acusada por delito tiene entre otros derechos, el que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

cias preliminares de una investigación considerada compleja debe ser de 8 meses más 8 meses de prórroga; y no el de 120 días fijado en la Casación 02-2008- La Libertad, que a su criterio correspondía a una interpretación del plazo de las diligencias preliminares de una investigación simple.

La Sala Penal de Apelaciones consideró que, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, el NCPP establece plazos a la investigación preparatoria conducida por el Ministerio Público y que si bien no se señalan plazos para la conclusión del juicio, una vez formulada la acusación debe resolverse en un plazo razonable. En mayoría interpretó que del texto literal del numeral 2 del art. 344 del NCPP concordado con los numerales 1 y 2 del artículo 342, que regula el plazo de la investigación preparatoria en casos comunes y complejos, se pueden extraer 04 sentidos interpretativos, optando por la siguiente norma: "El plazo distinto de las diligencias preliminares según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, no puede ser mayor del plazo de la investigación preparatoria en casos comunes, esto es, de 120 días naturales"^[79].

A criterio del mencionado órgano jurisdiccional es el sentido interpretativo que más se adecúa al nuevo modelo procesal penal, entre otras razones, porque ante los problemas de retardo en la tramitación de los procesos incorporó como principio de interpretación el derecho al plazo razonable tanto de las diligencias preliminares, investigación preparatoria y medidas limitativas de derechos. La base normativa lo constituye el artículo 139.3 de la Norma Fundamental, que consagra el debido proceso, habiendo interpretado los órganos jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional que el plazo razonable constituye una manifestación implícita del debido proceso.^[80] Y también por la natu-

^[79] Exp. N°s. 00100-2011-1-1826-JR-PE-01 y 00100-2011-2-1826-JR-PE-01. Juez superior ponente Susana Ynes Castañeda otsu.

^[80] En una interpretación según los artículos 14.1 y 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, respectivamente. Tratados que forman parte de nuestro derecho interno, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política y se constituyen en parámetro de interpretación para delimitar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos que la Norma Fundamental consagra, según lo prescribe

raleza de las diligencias preliminares^[81], en relación a las que se deban actuar en la investigación preparatoria, criterio de diferenciación que se estableció en la Casación N° 02-2008, La Libertad, entendiendo las diligencias preliminares como excepcionales.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República se pronunció en la Casación N° 318-2011-Lima, de 22 de noviembre de 2012, compartiendo los criterios interpretativos de la Sala Penal de Apelaciones.

Citación a los órganos de prueba corresponde al sujeto procesal que los propone. La Sala Penal de Apelaciones conoció en apelación por parte de la Fiscalía Superior, la decisión emitida por los señores Jueces de Juzgamiento, a través de las cuales se requiere al Ministerio Público y a los demás partes procesales, para que entreguen las citaciones a sus órganos de prueba a efectos de asegurar su comparecencia a juicio oral bajo apercibimiento de conducción de grado o fuerza en caso de incomparecencia. El fundamento del agravio se sustentó en que afecta la autonomía del Ministerio Público convirtiéndolo en un órgano auxiliar del Poder Judicial.

Para resolver el problema, la Sala Penal analizó las funciones del Poder Judicial y del Ministerio Público en el proceso penal; el nuevo modelo que diseña el Código Procesal Penal en base a la Constitución y su Título Preliminar; el derecho al plazo razonable y el principio de continuidad del juzgamiento; y el deber de colaboración de las partes procesales con la citación de sus órganos de prueba. Además interpretó el art. 356.1.2 del NCPP que consagra el principio de continuidad del Juzgamiento^[82] y recoge la exigencia de que el juicio se desarrolle

su IV Disposición Final y Transitoria, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

[81] Su finalidad inmediata es realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente.

[82] Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Jurista Editores, Lima, 2004. p. 69. Y GÁLVEZ VILLEGAS, RABANAL PALACIOS, CASTRO TRIGOSO. *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores, Lima, 2010, p. 722.

en forma continua y concentrada, el cual si bien puede realizarse en diferentes sesiones de audiencia, constituyen una sola unidad, por lo que deben realizarse en el tiempo estrictamente necesario, pero en resguardo del derecho al plazo razonable no deben ser arbitrariamente diminutas ni indebidamente prolongadas. Principio que tendrá plena eficacia material cuando las partes procesales coadyuven en la localización y comparecencia de los órganos de prueba que hayan propuesto.

También se interpretó el artículo 355.5 del NCPP, que establece la obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales de coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto, el cual no colisiona con los numerales 1 y 2 del artículo 366 del acotado Código, que estipula las funciones del auxiliar jurisdiccional del Juzgado, una de ellas, realizar las coordinaciones para la asistencia puntual del Fiscal, de las partes y de sus abogados, así como para la comparecencia de los testigos, peritos, intérpretes y otros intervinientes citados por el Juzgado. Obligación que establece un deber de coordinación del órgano jurisdiccional con las partes procesales para lograr la concurrencia de sus órganos de prueba, y que en una interpretación sistemática con el modelo acusatorio y artículo 355.5 del NCPP debe entenderse como el deber del auxiliar jurisdiccional de generar las citaciones que serán entregadas a las partes para la localización y concurrencia de sus órganos de prueba.

Dispositivos que no atentan contra la autonomía institucional del Ministerio Público, ni lo convierte en un órgano de auxilio del Poder Judicial, pues en caso de inconcurrencia de los órganos de prueba, el Juez de Juzgamiento debe disponer la conducción de grado o fuerza de los testigos o peritos renuentes a concurrir, por lo tanto no se sustrae a la función de lograr la comparecencia de un órgano de prueba cuando sea necesario.

La Fiscalía Superior interpuso recurso de casación en relación a lo resuelto por la Sala Penal de Apelaciones, habiendo emitido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República 03 decisiones al respecto, declarando inadmisibles los recursos:

- i) Casación N° 409-2012, de 25 de enero de 2013, en la cual precisó que el caso no sólo no reúne los requisitos de un verdadero interés casacional que justifiquen la emisión de una Ejecutoria Suprema

que unifique interpretaciones de normas de la ley penal material o procesal, sino que también carece de entidad suficiente como para motivar pronunciamiento que sirva de línea jurisprudencial a todos los órganos jurisdiccionales, que el NCPP determinó no sólo que la función de investigación le corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal y de la carga de la prueba, sino que tiene la obligación de coadyuvar con la localización y comparecencia de los testigos o peritos que haya propuesto para acreditar su pretensión punitiva.

- ii) Casación N° 380-2012, de 30 de noviembre de 2012, en la cual estableció que la pretensión del Ministerio Público en relación “que se establezca como doctrina jurisprudencial que el Poder Judicial a través de los auxiliares jurisdiccionales sea quién realice las notificaciones del auto de citación a juicio y demás resoluciones judiciales”, carece en sí misma de interés casacional porque no ha puntualizado la relevancia jurídica propia.
- iii) Casación N° 290-2012, de 09 de noviembre de 2012 que se pronuncia en el mismo sentido que la anterior y que la resolución materia de impugnación ha respetado la garantía genérica de la tutela jurisdiccional y expresado una suficiente justificación con arreglo a lo señalando en el artículo 139.5 de la Constitución.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN PRELIMINAR

La Ley N° 29574 que dispuso la entrada en vigencia del NCPP para delitos cometidos por funcionarios públicos en el Distrito judicial de Lima, a partir del 15 de enero de 2015, modificó sorpresivamente el calendario oficial; sin embargo, encontró una adecuada respuesta por parte del Poder Judicial que emitió la normativa necesaria para la implementación del NCPP, adaptando el Subsistema Anticorrupción a las nuevas competencias otorgadas a los órganos jurisdiccionales, y personal jurisdiccional y administrativo.

La experiencia adquirida en la implementación del NCPP en el Distrito Judicial de Lima, sin duda servirá para la implementación en forma total del Código, en un distrito judicial que se ha caracterizado por ser el que registra el mayor número de procesos penales y

los casos más graves, especialmente vinculados a delitos comunes de gran violencia.

En cuanto a la gestión de los procesos, luego de la aplicación del NCPP se advierte en relación al número de audiencias programadas un resultado positivo respecto a las audiencias realizadas cuyo número es muy superior a las frustradas, lo que permite resolver en forma oportuna los requerimientos fiscales y pedidos de la defensa y actor civil.

Asimismo, se ha determinado que el proceso especial de terminación anticipada constituye un mecanismo de simplificación procesal aceptado por los acusados en el Subsistema, al igual que el procedimiento de conclusión anticipada. Si bien el número es mayor tratándose de particulares, varios funcionarios o servidores públicos han arribado a acuerdos de terminación anticipada con el Fiscal y otros han aceptado una condena sin juzgamiento, pese a que una de las penas es la inhabilitación y una de las causales de destitución en la función pública es la comisión de un delito doloso; lo que demuestra también que la investigación preparatoria ha contado con elementos de convicción suficientes.

En cuanto a los juicios orales, la mayor cantidad han concluido en 2 o 3 sesiones de audiencia, y tratándose de procesos complejos el número mayor ha sido el de 17 audiencias. Este es un logro que se debe destacar, ya que las críticas al Subsistema Anticorrupción sustancialmente se han centrado en la afectación al derecho fundamental al plazo razonable de los procesos.

En relación a los casos que viene conociendo el Subsistema Anticorrupción, si bien no tienen la trascendencia que en su momento lo tuvieron los graves casos de corrupción iniciados luego de la difusión del video Kouri-Montesinos, es evidente que los actos de corrupción al interior de la Administración pública o de los particulares sobornando a los servidores y funcionarios públicos continúan. Sin embargo, el número de Disposiciones de formalización de investigación preparatoria no es proporcional a los actos de corrupción que se denuncian en las encuestas, lo que conlleva a concluir que hay una gran cifra negra de actos de corrupción que no son puestos en conocimiento del Ministerio Público, mas aun si en el Distrito Judicial de Lima se

encuentra las sedes de los Ministerios, de los órganos constitucionales autónomos y principales entidades del Estado.

Teniendo en cuenta lo anotado, es necesario continuar con las políticas anticorrupción, entre ellas, las que se deben ejecutar en el marco de los procesos penales, con garantías pero con eficiencia. No debe olvidarse que el Estado peruano ha asumido un compromiso internacional en la lucha contra la corrupción, al suscribir las dos Convenciones Internacionales contra la Corrupción.

**LA REFORMA DEL PROCESO
PENAL EN EL PERÚ:
*CONSTRUYENDO EL MODELO ACUSATORIO***

Víctor Burgos Mariños^()*

^(*) Juez de Apelaciones de la Corte Superior de La Libertad (Perú). Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Nacional de Trujillo y de la Academia de la Magistratura.

1. LA CONSTITUCIÓN Y EL PROCESO PENAL: EL PUNTO DE PARTIDA DE LA REFORMA

Actualmente, no tiene cabida en materia de garantías, hacer tan solo una lectura literal de la norma procesal, sino más bien, una lectura conforme y desde la Constitución. Esta metodología nos permite acercarnos más al estándar de justicia penal que se exige en un Estado Social y Democrático de Derecho, pues no sólo nos proporciona la idea fuerza *que la observancia del debido proceso penal no sólo obedece a la aplicación de las normas procesales ordinarias, sino que fundamental y preferentemente, a las normas constitucionales que rigen al proceso penal*, lo que en la práctica nos conduce a desechar toda norma ordinaria contraria a la Constitución.

Como se verá, en el proceso penal tiene lugar un conflicto de raíces constitucionales, la libertad personal del imputado frente al poder punitivo estatal. De ahí que se afirme con razón, que es el Derecho procesal penal el que se encuentra más fuertemente condicionado por la normatividad constitucional^[1]. Al respecto, son diversas las referencias que en la doctrina moderna podemos encontrar acerca del valor normativo que la Constitución posee para el proceso penal. Así, por ejemplo, Klaus Tiedemann^[2] ha señalado la "dependencia del Derecho

[1] En este sentido, TIEDEMANN, Klaus. "Constitución y Derecho penal". EN: Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 33, Madrid, 1991, p. 157.

[2] TIEDEMANN, Klaus. "El Derecho Procesal Penal". EN ROXIN, CLAUS - ARTZ, Günter - TIEDEMANN, Klaus. Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal. Traducción de la segunda edición alemana, Barcelona, Ariel, 1989, p. 140.

procesal penal respecto del Derecho constitucional”, Alberto Binder^[3] se ha referido a la existencia de un “diseño constitucional del proceso penal”, Juan Luis Gómez Colomer ha manifestado la necesidad de un “proceso constitucionalmente debido”^[4], y por su parte, Eberhard Schmidt^[5] ha afirmado que el proceso penal tiene “fundamentos constitucionales”.

Efectivamente, la Constitución va a cumplir una función normativa muy importante en la concreta configuración del sistema procesal penal de nuestro país. La principal de las razones se encuentra en el hecho de que el poder penal, y su realización mediante el proceso penal, le corresponden en exclusividad al Estado, no siendo otra cosa que ejercicio de poder estatal. Pues bien, es precisamente la Constitución el instrumento jurídico normativo supremo en el que se fijan sus contenidos, límites, posibilidades y competencias; toda la actuación estatal tiene que sujetarse necesariamente a *lo constitucionalmente previsto*.

Pero, además de los límites constitucionales del Poder punitivo estatal, la Constitución consagra la protección de los derechos fundamentales de las personas, por lo que toda persona sujeta al proceso penal, tiene derecho a que se respeten sus derechos fundamentales, de tal manera que el uso de la coerción estatal solo está autorizado si ello se aplica de forma razonable y por estricta necesidad cautelar.

Otra de las razones de la importancia de la Constitución para el proceso penal peruano, se va a encontrar en el hecho de que ésta se configura en la fuente de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico normativo; los que deberán de tenerse en cuenta en toda la estructuración del sistema de control social jurídico y, especialmente, en el momento de la estructuración del control jurídico penal. En este sentido, Robert Alexy^[6] ha señalado: “La suposición de que, a más de

^[3] BINDER, Alberto. Introducción al Derecho procesal penal, Ad- hoc, Buenos Aires, 1993, p. 61.

^[4] GÓMEZ COLOMER, Juan – Luis. El proceso penal español: para no juristas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 39.

^[5] SCHMIDT, EBERHARD, Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Buenos Aires, 1957, pp. 189 y ss.

^[6] ALEXY, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica”. En: El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 159.

las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores, que en tanto valores de rango constitucional, ejercen un "efecto de irradiación" en todo el derecho ordinario, tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico".

Pero, además, en la Constitución se han previsto, por la importancia y trascendencia de los derechos fundamentales, cláusulas de remisión a un ordenamiento supranacional conocida como legislación internacional de los derechos humanos. Lo que nos permite comprender y aceptar con mayor facilidad, que los derechos fundamentales en juego en un proceso penal se encuentran protegidos por una legislación supranacional, con lo que -en caso de que el proceso penal en el Perú vulnere ilegítimamente algún derecho fundamental- se podrá acudir en última instancia a una jurisdicción interamericana en busca de tutela, dado a la naturaleza universal de los derechos humanos y su protección internacional. Por lo tanto, podemos afirmar que *el Proceso penal no sólo obedece a un orden constitucional (nacional) sino a un orden supranacional, donde en definitiva se garantiza el derecho al debido proceso penal, imponiendo como garantías básicas, el derecho de todo ciudadano a un juicio con jueces imparciales, conforme lo prevé el artículo 8 de la Convención Americana y el artículo 14 del Pacto Internacional, los que guardan relación con un modelo de proceso penal de corte Acusatorio Adversarial.*

Un paso inevitable para ingresar a la reforma del proceso penal, es asumir una visión constitucional del proceso penal, en el que predominan las garantías constitucionales a las formas procesales. El siglo pasado, hasta mediados, prevaleció la legalidad pura, por lo que el proceso penal era un conjunto de reglas procesales contenidas en la ley ordinaria, donde las formas procesales prevalecían a las garantías. Luego, se incorporan los criterios de la interpretación constitucional de las leyes, mediante la cual la ley sigue vinculando al Juez, en la medida que sea compatible con la Constitución. Así, Linares Quintana afirma que "el principio de supremacía de la Constitución constituye el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encua-

drar sus actos en las reglas que prescribe la Ley Fundamental". Pero además, siguiendo a Luigi Ferrajoli, en su trabajo "Pasado y futuro del Estado de Derecho", actualmente *está vigente ya un constitucionalismo internacional. Existe ya un orden constitucional de Derecho ampliado al plano supranacional*. Los derechos fundamentales no sólo se tutelan por las constituciones nacionales, sino ahora, en definitiva, por tratados y en cortes internacionales de derechos humanos. Por todo ello ahora, al Juez antes de aplicar la ley se le exige que realice no solo un test de constitucionalidad, sino también un test de convencionalidad.

Por ello, creemos que el Legislador del Código Procesal Penal del 2004, consecuentemente con las exigencias modernas del Estado Constitucional, incorporó en el Texto del Código un Título Preliminar donde se concentran los principios constitucionales del proceso penal acusatorio peruano, y en donde destaca sin duda alguna el Artículo X, que incorpora una regla de interpretación de la Ley Procesal, señalando que "Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación". Cómo ganaría la reforma procesal penal en el Perú, si la Corte Suprema, vía casación o acuerdo plenario, las Salas Superiores y Jueces especializados en sus sentencias y autos, utilizáramos esta regla de interpretación constitucional.

Tener la convicción de que el proceso penal obedece no solo a un orden legal, sino constitucional y convencional, es el inicio del camino para consolidar la reforma procesal en nuestro país.

2. LOS 80 Y 90, UN PROCESO DE REFORMA PROCESAL PENAL FRUSTRADO EN EL PERÚ

Las tentativas por concretar una reforma del sistema de administración de justicia penal son de larga data. Ya en los años 60 se iniciaron movimientos de reforma que dieron lugar a varios proyectos de Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, es recién desde el año de 1988 que estos esfuerzos citados, adquieren mayores posibilidades de concreción. La Ley N° 249111 de 25 de octubre estableció una Comisión Revisora que elaboró un Proyecto de Código de Procedimientos Penales, puesto en conocimiento de la opinión pública en noviembre de 1988. En este proyecto se consagró uno de los cambios estructurales

de mayor trascendencia en todos los intentos de reforma: el traslado de la función persecutoria e investigadora al Ministerio Público.

El Proyecto de noviembre de 1988, como uno siguiente de agosto de 1989, fueron revisados por una Comisión Consultiva designada por el Ministerio de Justicia al amparo de la Resolución Ministerial N° 994-90-JUS la que, por su parte, presentó en octubre de 1990 el denominado "Proyecto Alternativo de Código de Procedimientos Penales", el mismo que fue publicado en el Diario Oficial el 16 de noviembre del mismo año.

El "Proyecto Alternativo de 1990" marca una pauta muy importante en la manera de entender el proceso penal en un estado moderno y respetuoso de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana: se estructura una normatividad que sin perder el norte de la eficacia resulta siendo profundamente garantista; asimismo, se incorporan instituciones nunca antes conocidas en nuestra legislación, como, el principio de oportunidad y conformidad, la tutela de intereses difusos, la prohibición de valoración de las pruebas ilegítimamente obtenidas, entre otras.

Todo esto fue posible -además de nuevos enfoques de instituciones procesales tradicionales- gracias al valioso referente que constituyó el Código Modelo para Iberoamérica de Julio Maier.

Posteriormente, mediante Ley N° 25281, de 30 de octubre de 1990, se nombró una Comisión Revisora para evaluar el "Proyecto Alternativo", la misma que sin cambios sustanciales propuso al Congreso el texto correspondiente al Nuevo Código Procesal Penal de 1991, el mismo que fue aprobado y promulgado por Decreto Legislativo 638 de 25 de abril de 1991. En el cuerpo del Decreto Legislativo 638 se dispuso que -dado lo novedoso de la normatividad- el Código recién entraría en vigencia el 01 de mayo de 1992, salvo determinados artículos, que entrarían en vigor inmediatamente: tales como los que regulaban el principio de oportunidad, la medida coercitiva de detención y demás medidas coercitivas personales, así como la libertad provisional.

El quebrantamiento del orden constitucional en 1992, con el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional y su preocupación por una lucha frontal contra formas graves de criminalidad como el

terrorismo y el tráfico ilícito de drogas, llevó a la postergación del plazo de entrada en vigencia del Código de 1991. Sin embargo, entre tanto, se pusieron en vigor otras normas contenidas en su texto, como: la excarcelación por exceso en tiempo de la detención y el otorgamiento al representante del Ministerio Público de la autorización para el levantamiento de cadáveres.

En la necesidad de buscar su legitimación, el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional gestó la aprobación de una nueva Constitución, la que fue aprobada en el año de 1993. En esta norma fundamental se incorporaron algunas instituciones procesales que cambiaban en buena parte la concepción expresa que la Constitución tenía del proceso penal, especialmente por la consagración de la potestad persecutoria e investigatoria del Ministerio Público; pero, además, porque se consignó de forma expresa la superioridad funcional de los fiscales respecto de la policía y se precisó que los únicos supuestos en los que la detención se encontraba admitida era en los casos de flagrancia.

En el mes de abril de 1994, el Congreso Constituyente aprueba la Ley N° 26299, mediante la cual crea una Comisión Especial encargada de revisar la conformidad del texto del Código Procesal Penal de 1991 con la Constitución de 1993, autorizándola a proponer las nuevas normas a que diera lugar. Esta Comisión estuvo conformada por los más destacados cultores del Derecho procesal en nuestro país, pudiéndose mencionar los nombres de César San Martín Castro, Florencio Mixán Mass, Arsenio Oré Guardia, Pablo Sánchez Velarde, entre otros.

Conservando la filosofía garantista del Código Procesal Penal de 1991, la Comisión presentó un Proyecto de Código en el mes de marzo de 1995, en el cual se introducían algunas innovaciones, que habían sido recogidas del derecho comparado. Así, en materia de constitución de las partes, medidas cautelares, recurso de casación, proceso monitorio, terminación anticipada, recogidas del Código de Procedimiento Penal Italiano, que entró en vigencia el 24 de octubre de 1989. Del proyecto Maier se tomó la explicación normativa de lo que debe entenderse por peligrosidad procesal. De las reformas recientes del proceso penal español se tomó el instituto de la conformidad, la validez de los actos sumariales, entre otros.

El Congreso Democrático Constituyente no se pronunció respecto del Proyecto de Código Procesal Penal presentado por la Comisión Especial. Sin embargo este fue materia de pronunciamiento aprobatorio por el Congreso que inicio sus funciones en julio de 1995.

Remitida la ley que aprobaba el nuevo Código Procesal Penal al Poder Ejecutivo, el Presidente de la República la observó en dos extremos; por un lado, errores formales de concordancia y, por el otro, falta de correlación entre las facultades policiales respecto a la investigación del delito y la propia estructura del código. En la legislatura siguiente, el Congreso cumplió con pronunciarse, aceptando en parte las observaciones hechas por el Ejecutivo, pero lamentablemente dicho esfuerzo quedó en el olvido. Finalmente, el texto de 1997, aprobado en el Congreso, fue observado por el Ejecutivo argumentando problemas presupuestales y de capacitación de los operadores.

Así quedó frustrado el proceso de reforma de la justicia penal en nuestro país, luego muchos discursos y Proyectos publicados, luego de muchas Comisiones Oficiales de Reforma, la reforma se detuvo, por las mismas razones que hoy se alegan para detener el cronograma de implementación del Nuevo Código Procesal Penal.

El fracaso del proceso de reforma de los 80 y 90, en la realidad, permitió que se siga administrando justicia penal en el Perú, con un modelo procesal inconstitucional y con serios cuestionamientos de ser ineficiente, corrupto y falto de garantías.

En primer lugar, hay que advertir la imagen que el Juez refleja en el viejo modelo por el lugar donde trabaja resolviendo los casos, y sin duda a equivocarnos, el ciudadano lo que observa es un edificio con muchas oficinas y muchos empleados, donde la cultura inquisitiva y secretista de varios siglos atrás, ha diseñado una imagen del Juez como si fuera el señor feudal que se encierra en su castillo, se rodea de una muralla infranqueable y se aleja del pueblo y de los justiciables. Por eso es común observar aun hoy en día -donde rige el modelo mixto inquisitivo- que el juez trabaja encerrado en su despacho, ubicado generalmente en la última oficina de un Juzgado, rodeado de auxiliares y rumas de expedientes que hacen de guardianes y de muralla infranqueable de los justiciables, para quienes resulta realmente

muy difícil hablar con ellos y mucho más, conocer y observar cómo resuelve su caso.

En segundo lugar, el procedimiento escrito ha creado muchos ritos y formalidades que han convertido al proceso penal en un proceso muy dilatado, con un lenguaje complicado en las sentencias y escritos de los abogados, que no hacen sino alejar mucho más a los ciudadanos del conocimiento de sus casos, y hacen más complicado y sombrío el panorama de la justicia penal, se hace mayor la incertidumbre del imputado y el drama angustiante de la víctima. Y, lo peor de todo, el sistema parece alimentarse y vivir de ello.

En tercer lugar, el proceso escrito ha generado una subcultura de la corrupción y la mediocridad, como la forma "más práctica" de litigar los casos por parte de los abogados, y que involucra a todo el sistema desde el nivel policial. Es muy frecuente escuchar a algunos malos abogados, decir a sus clientes "el policía me ha pedido dinero", "el fiscal me ha pedido dinero", y "también el juez"; lamentablemente, los ciudadanos, debido a su desconocimiento del proceso y su lejanía con el Juez, acceden a esa forma de defensa, la que se reduce a "pagar dichos requerimientos", lo cual innegablemente ofrece una baja calidad profesional en la defensa legal (mediocridad).

Sea que la corrupción se origine en el mal funcionario judicial o en el mal abogado, lo cierto es, que el procedimiento escrito crea las condiciones ideales para la corrupción y una práctica mediocre del derecho, que atenta contra los intereses del imputado, de la víctima y de la recta administración de justicia.

El expediente judicial, que recoge todas las pretensiones y actuaciones de las partes, tiene la característica de ser reservado y esquivo al control público, por lo que hay desconfianza en el Juez, pero también en el Fiscal y en el Abogado, y sin que nadie se dé cuenta, de que sólo se mide el trabajo en estadísticas de producción y no en calidad.

De este modo, en estas prácticas, no se privilegia la calidad profesional, sino la discrecionalidad de la justicia, lo que permite corrupción y mediocridad, además, como ya lo mencionamos anteriormente, de que muchos abogados soliciten dinero a sus clientes para poder ganar el caso, resultando para estos la forma "más práctica" de llevar un juicio,

y si por casualidad dicho abogado pierde el caso, la respuesta que le da a su cliente, es que perdió el caso porque la otra parte pagó más. Dado este contexto, el ciudadano común y corriente queda atrapado en el desconcierto y desconfianza que le impone el modelo procesal cuestionado, del que no comprende su lenguaje y sus ritos, y donde no puede ver al juez que resuelve su caso. Al final de lo descrito, resulta justificado el descontento de la sociedad peruana y el clamor generalizado porque se reforme la justicia, en especial la justicia penal.

3. PROYECTO HUANCHACO Y SU APOORTE A LA REFORMA PROCESAL PENAL EN EL PERÚ

Desde fines de los años 80 y principios de los 90, se gestó en Lima, el primer movimiento de reforma procesal penal en nuestro país, el que concluyó con la promulgación del Código Procesal Penal de 1991 y la propuesta de un modelo de corte acusatorio. Lamentablemente, este Código y el Nuevo Modelo nunca entraron en vigencia, pese a los sucesivos Proyectos de Reformas, manteniéndose vigentes las normas procesales del Modelo Mixto inquisitivo.

A mediados del año 2002, en la ciudad de Trujillo se dio origen al segundo movimiento de reforma procesal penal en nuestro país, promovida por el distinguido profesor argentino y líder de la reforma procesal en Latinoamérica Alberto Binder y el igualmente distinguido maestro y líder de la Reforma procesal en el Perú, Dr. Florencio Mixán Mass, fundándose el Grupo Huanchaco, el que posteriormente se instituyó oficialmente como el Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia Democracia y Libertad (CERJUDEL).

Este Movimiento se consolida en el año de 2003, con el apoyo de varias universidades y la Comisión Episcopal de Acción Social CEAS en el Perú, y la contribución del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales INECIP de Argentina, y la difusión de un Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal conocido como el "Proyecto Huanchaco", siendo sus autores el Dr. Florencio Mixán Mass, Alfredo Pérez Galimberti y Víctor Burgos Mariños. Asimismo, se escenifica por primera vez en el Perú el primer juicio con el sistema acusatorio adversarial y con jurado escabinado, en un evento que congregó a los

máximos representantes de la reforma procesal penal en Latinoamérica en noviembre de 2003 en la ciudad de Trujillo.

Paralelamente, el gobierno a través del Ministerio de Justicia, crea el año 2003 la Comisión de Alto Nivel encargada de elaborar un Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Penal, la misma que lo elaboró y a finales de ese mismo año fue presentado oficialmente. A propuesta del Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura y Miembro del CERIAJUS, se logró que el "Proyecto Huanchaco" sea incluido en los trabajos de la Comisión de Alto Nivel. Por ello, representantes de CERJUDEL y redactores del "Proyecto Huanchaco" fueron invitados para una audiencia con el Pleno de la Comisión de Alto Nivel, donde se expuso los más importantes aportes.

La Comisión de Alto Nivel, incorporó varias propuestas del "Proyecto Huanchaco" y el 28 de julio de 2004, el Nuevo Código Procesal Penal fue promulgado por el señor Presidente de la República Alejandro Toledo Manrique, señalando en su mensaje, que con este nuevo instrumento legal se modernizará el sistema de justicia penal y la lucha contra la delincuencia.

Los aportes del Proyecto Huanchaco a la reforma del proceso penal en el Perú, se han resumido en los siguientes principios:

Un Proceso penal único, donde toda persona –sin distinción alguna- pueda ser sometido por igual a las mismas reglas de enjuiciamiento penal, investigados por el Fiscal Provincial y Juzgados por el Juez Penal, sin que se admita ningún tipo de privilegio, y en completa y simple igualdad de partes. Ese proceso penal único está reflejado en el derecho de toda persona a un juicio oral, público y contradictorio, despojado de todo exceso de formalismo, y que permita al ciudadano común, comprender con facilidad cómo se desarrolla un juicio penal, y así garantizar un nuevo proceso penal que promueva el fácil acceso a la justicia y sea más legítimo.

Un Proceso penal con alternativas de solución previas al juicio, que si bien el ciudadano conozca que tiene derecho al juicio oral, también se motive a hacer uso de las soluciones previas al juicio, y se convierta en un verdadero actor de la justicia, desechando las irresponsables prácticas dilatorias y litigiosas, y adoptando prácticas que

abonen a la celeridad procesal, contribuyendo así, a la instauración de una verdadera política de descarga del proceso penal, a la transformación de un proceso penal predominantemente escrito, por *un proceso penal regido por el predominio de la oralidad*, apostando decididamente a dotar al proceso de mayor celeridad y transparencia, que sumado a lo anterior, pretende generar un cambio radical en las formas y prácticas procesales de los operadores penales y un fuerte cambio cultural en los justiciables y la sociedad en su conjunto. A ello, se suma el fortalecimiento de la figura del Juez que se logra a partir de la consolidación y legitimación del juicio oral como proceso único, en donde el Juez aparece como un funcionario verdaderamente imparcial, despojado de todo atavismo instructorio que vulnera y compromete su rol de tercero ajeno al interés de las partes. Además, se garantiza su independencia externa, a través de garantizar su inamovilidad en el cargo, lo que no significa falta de control, así como la oposición a las injerencias políticas al sistema de justicia penal. También se garantiza la independencia interna por medio de la eliminación de la jerarquización, y la inclusión de Salas de Apelación Regionales, permitiendo con ello que la Corte Suprema se avoque con exclusividad a sus facultades casatorias constitucionales.

Se estructura el proceso sobre la idea del conflicto, lo que impone realizar un debate entre partes en PARIDAD de condiciones, frente a un tercero imparcial, el Juez de Juzgamiento. Esta fórmula adquiere particular trascendencia, toda vez que "el método en el procedimiento penal es el verdadero guardián de las libertades ciudadanas. En ese orden, corresponde reedificar el rol de los fiscales durante todo el proceso penal. No se trata de que reemplacen al antiguo (y aún vigente en diferentes códigos) Juez de Instrucción, sino de que asuman el papel de PARTE en paridad con la defensa, sin posibilidad de ejercer poder alguno sobre la persona del imputado, al cual se añade la figura de un Juez imparcial, sin las cargas de suplir la función del Fiscal, como hasta ahora ocurre.

Se garantiza la participación ciudadana en la administración de justicia, tal como es la exigencia constitucional, pues con la propuesta del Jurado Escabinado, una suerte de jurado mixto integrado por jueces profesionales y ciudadanos legos, aplicable en principio a aquellos

casos generados por delitos graves y que causen alarma social, en los que la sociedad tiene mayor interés por la justicia del caso.

Sin duda que la idea fundamental de esta propuesta está en incorporar de forma más real y directa la participación de los ciudadanos en la administración de justicia, a fin de que la ciudadanía sienta un mayor compromiso y corresponsabilidad en la administración de justicia penal. La idea final es la inclusión del jurado, pues ese es la tendencia de todo modelo acusatorio. Además, admitimos los riesgos que significa delegar parte de la función decisoria a los ciudadanos en los tiempos actuales, pero ello es superable, por lo que debemos admitir que la inclusión de los ciudadanos otorgará sin duda alguna, una mayor legitimación social del sistema y con ello una mayor credibilidad, y en ese sentido no podemos descartar al Escabinado por los riesgos advertidos, pues ello significaría no valorar su aporte, y además, avalar el estado actual de deslegitimación de la justicia penal, con todo lo que ello supone.

Adicionalmente a lo expresado, *el Proyecto Huanchaco es el que mejor preserva y relleva al juicio oral como etapa principal del proceso penal en el Perú*, al eliminar con mayor convicción la cultura del expediente, dejar de lado el exceso de formalismos y la rigidez probatoria del juicio, eliminando el interrogatorio del acusado como primer paso obligado, garantizando un proceso adversarial y estratégico, así como la garantía de un juez imparcial. *Garantiza el debate contradictorio tanto en el juicio sobre la culpabilidad, como en el juicio sobre la pena, al incorporar la cesura, como paso previo a la individualización de la pena.* Con esto se garantiza el deber de motivación, tanto de la culpabilidad como de la pena

El Proyecto Huanchaco *suprime todas las funciones instructorias que comprometen seriamente la imparcialidad del Juez*, y con ello rescata la figura y el poder de los jueces. Paralelamente con ello se persigue potenciar al Ministerio Público, rediseñando su organización y sus funciones, devolviéndole todas sus facultades persecutorias, y así supere el estado actual, de ser un funcionario que sólo ejerce menos de la mitad de sus facultades constitucionales.

Además, como elemento coadyuvante al fortalecimiento del Ministerio Público, *el Proyecto Huanchaco procura generar un ver-*

dadereo poder civil de investigación bajo la dirección y control del MP, recogiendo la voluntad pública de persecución y el interés de las víctimas, a través de una mayor intervención de ellas en el impulso de la persecución penal y en la solución de los conflictos penales. Para ello, la víctima -o quien lo represente- podrá intervenir ampliamente durante la fase de investigación sin más formalidades que el hecho material que lo legitima como tal (perjudicado con el delito), y durante el juicio, a través del querellante adhesivo que le permitirá presentar su propia acusación o de lo contrario, adherirse a la del fiscal.

Finalmente, *un modelo acusatorio basado en el criterio rector de paridad de partes, al lado del fortalecimiento del Juez Penal y del Ministerio Público, exige el fortalecimiento de la Defensa de Oficio*. El Proyecto Huanchaco al respecto sostiene que "es necesario fortalecer el rol del defensor de oficio, a través de la obtención de su autonomía y una Ley que regule la carrera del Defensor Público. Siendo el modelo que se propone uno de corte acusatorio y adversarial, resulta necesario contar con una Defensa Pública fortalecida".

4. LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN TRUJILLO

En nuestro país aún se sigue pensando en la ilusoria idea que a través de leyes o resoluciones administrativas se van a cambiar las viejas prácticas procesales de un procedimiento penal que por siglos ha imperado en nuestro país. Y es que la reforma del proceso penal requiere en principio, de un consenso amplio y de un compromiso político de todos los sectores vinculados a la Justicia y de la propia sociedad civil, que lamentablemente hoy vemos que no existe, pues ante la presión mediática de la Policía, se ha anunciado la paralización del proceso de implementación del NCPP, bajo el pretexto de la falta de presupuesto.

Parece que no se ha aprendido de la historia reciente del frustrado proceso de reforma de los 80 y 90, pues ahora vemos con claridad que el NCPP no fue el resultado del consenso que requiere una reforma de esta naturaleza, tampoco se han generado las reformas constitucionales que el modelo requiere, no existe el compromiso de todas las instituciones vinculadas al sistema de justicia de aceptar los

cambios de prácticas que el modelo exige, y mucho menos existen las partidas económicas para ello. No ha existido una estrategia política que garantice su implementación hasta el 2012, lo que pone en alto riesgo, la reforma del Proceso Penal en el Perú. El proceso de reforma en Trujillo se inició sin presupuesto, y fue el Poder Judicial, quien con su propio presupuesto inició el proceso, después de varios meses llegó el presupuesto. La Policía nunca contó con un presupuesto.

Ahora bien, al margen del tema presupuestario, en el proceso de implementación en Trujillo se tuvo que hacer frente a una serie de conflictos surgidos entre las prácticas del código de procedimientos penales y las nuevas prácticas procesales de un sistema acusatorio adversarial; en este sentido, de manera previa a la implementación del nuevo Código Procesal Penal en nuestra ciudad, se hizo necesario establecer una serie de propuestas relacionadas a una adecuación normativa previa, destinadas por ejemplo a modificar las normas de adecuación, perfeccionar los reglamentos, proponer nuevas directivas y en esencia contribuir a una autonomía institucional tendiente a fortalecer las propuestas de adaptabilidad interna. Así también, se hizo necesario establecer adecuaciones institucionales previas para determinar con criterios cualitativos la carga procesal existente e instalar una estrategia de liquidación de dichos procesos, coordinar de manera directa con el Ministerio Público el control de flujo de casos existentes y realizar propuestas de creación y conversión de órganos jurisdiccionales.

De la mano con dichas decisiones se requirió contar con el acondicionamiento respectivo, tanto de las sedes principales como de las salas de audiencia del penal, ambientes que debían contar con la tecnología necesaria, sistemas de audio y sistemas de registro de audio con programas informáticos propicios, que permitan no sólo el registro de las audiencias, sino también el ejercicio de funciones propias de intercomunicación entre autoridades, notificaciones electrónicas y dominio correcto e inmediato de la información.

La implementación y el uso de los mencionados mecanismos, trajo consigo la necesidad de contar con personal técnico especializado en el nuevo despacho judicial, a fin de que la administración de las herramientas brindadas, se realice de manera adecuada y eficiente.

En relación al personal jurisdiccional o administrativo, la capacitación en temas de manejo logístico, estructura procesal y conocimientos propios de un sistema adversarial, resultaron esenciales para poder fortalecer y asentar las bases que rigen el nuevo modelo procesal; estos conocimientos requeridos sirven de base para la selección de magistrados y personal auxiliar (tanto jurisdiccional y administrativo), que reúnan los requisitos que exige el éxito del nuevo modelo procesal. Por lo tanto, fue vital establecer un Plan de Capacitación Integral de manera conjunta con todos los operadores, teniendo como centro de operaciones, el auditorio del Colegio de Abogados de La Libertad, cuyo Decano, el doctor Manuel Montoya Hernández fue un comprometido y un incondicional de la reforma procesal penal; a lo cual se sumaron, los programas de pasantías en lugares en donde se encuentra vigente el sistema acusatorio, tanto a nivel nacional e internacional.

Dos de los principales logros obtenidos en el proceso de implementación a este nivel, han sido, la separación de roles entre el personal jurisdiccional y el personal administrativo, así como el criterio de la especialización a través de la experiencia de las nuevas prácticas procesales. Por la separación de roles, se ha logrado organizar de forma más eficiente el nuevo despacho judicial, pues ahora, el personal administrativo tiene la misión de producir audiencias, en tanto que los jueces, tienen la misión de realizarlos^[7]. El aprendizaje del Nuevo Modelo a través de la experiencia de las nuevas prácticas, nos condujo a establecer la necesidad de que tanto los jueces y personal administrativo del Nuevo Código, permanezcan en sus cargos, para que puedan adquirir los conocimientos y experticia en el manejo y operatividad del Nuevo Modelo Procesal. Estos dos valores, han permitido que la Corte de Justicia de La Libertad, sea el centro de capacitación de las prácticas procesales y administrativas del Nuevo Despacho Judicial de las demás Cortes de Justicia del País.

^[7] La división de funciones jurisdiccionales y administrativas, ha permitido garantizar que los jueces se dediquen solo a su labor estrictamente jurisdiccional, dejando de lado las labores administrativas que son asumidas por los equipos liderados por el Administrador del Módulo Penal, fortaleciéndose la transparencia en la labor jurisdiccional y respetándose los principios que rigen la audiencia, la oralidad, la inmediación, la concentración, celeridad entre otros.

Así también, de manera previa a la implementación del NCPP en La Libertad, fue importante ejercer actividades de difusión previa, dirigidas tanto a operadores del sistema penal, universidades, periodistas, colegios profesionales y público en general, promover simulaciones de audiencias en público, difundir los contenidos en la página web oficial, entre otras actividades tendientes a dar a conocer la nueva dinámica de la justicia penal, promoviendo de esta manera el conocimiento de los beneficios de un nuevo sistema procesal, que lleva consigo mayores garantías procesales y constitucionales, así como una solución efectiva de los conflictos.

Reitero, y soy un convencido, de que la reforma de la justicia antes que legal, es cultural y de prácticas procesales. Esta afirmación fue vital para afrontar la aplicación del NCPP en el distrito Judicial de La Libertad, con la aplicación de la carga cero, corrigiendo así, el proceso de implementación iniciado en Huaura. Es decir, a partir del modelo de implementación aplicado en La Libertad, se generó un proceso de lucha de prácticas favorables para la consolidación del Modelo acusatorio en el Perú.

El NCPP propone al país, una nueva forma de hacer justicia penal, basado en la oralidad y en el sistema de audiencias. Propone un proceso penal más rápido y con alternativas de solución inmediata, expresado en un lenguaje sencillo, con jueces más imparciales, en suma, una justicia de mayor calidad y más confiable. Con el Nuevo Código Procesal Penal, el Juez saldrá de su encierro en la última oficina del juzgado donde trabajaba resolviendo casos, a la Sala de Audiencias, para en adelante llevar a cabo los juicios de forma pública, permitiendo con ello, que los ciudadanos puedan observar de forma directa cómo se hace un juicio penal, y con ello observar cómo trabaja el Juez, el Fiscal y el Abogado, y verificar si es que trabajan eficientemente o no.

Ahora, con el NCPP, tanto el imputado como la víctima, también podrán observar directamente la labor de sus abogados y así, comprobar si los defienden bien o no en la audiencia. El sistema oral exige ahora mayor preparación y profesionalismo del abogado, no se puede ir a una audiencia sin que previamente haya preparado el caso, pues el abogado que improvisa puede perder su caso en los tribunales y además quedar públicamente ante el público y su cliente, como un profesional poco competente, generándose desprestigio.

En el NCPP existe una clara división de roles, pues al ser un modelo acusatorio adversarial, el debate contradictorio se da entre las partes. De un lado, el Fiscal y la Policía serán los responsables de probar el delito y la responsabilidad del autor, mientras que de otro lado, la Defensa tratará de probar lo contrario, y finalmente, en base a las pruebas discutidas en audiencia pública, el Juez será quien decida, cuál de las partes tiene la razón de su lado. Un complemento importante para garantizar la imparcialidad es que el Juez no conocerá del caso sino hasta el mismo día de la audiencia^[8].

Este modelo, al ser público, trae como consecuencia, que el nivel profesional de abogados, fiscales y jueces se incremente y se haga más competitivo, exista por tanto, una mejor calidad en el servicio de justicia; que al resolverse los casos bajo el sistema de audiencias genere un cambio profundo en las prácticas procesales y genere una justicia más transparente que erradique la corrupción y la mediocridad; que una vez realizada la audiencia exista la obligación de dictar de inmediato la resolución, generando con ello una justicia más rápida y con carga cero. En suma, el Nuevo Código Procesal Penal propone una justicia penal más transparente, rápida y eficiente, capaz de poder devolver la fe de la población en la justicia.

En el Distrito Judicial de La Libertad, a un poco más de seis años de vigencia del NCPP, se han logrado importantes avances en materia de justicia penal; por ejemplo, se ha consolidado la audiencia como el principal valor de toda la organización judicial y de todo el sistema, pues tanto jueces como personal administrativo, trabajan en función a la gestión de audiencias; también los abogados y litigantes han asumido la idea que las pruebas y argumentos se presentan en la audiencia de forma pública, por eso hay una gran concurrencia de las partes a las audiencias del Nuevo Código Procesal Penal. A pesar de las sentencias casatorias que promueven la escrituralidad y la transcripción de las audiencias, en la Libertad, los abogados y fiscales al concluir la audiencia no solicitan la transcripción de la audiencia, sino

[8] Según Pedro ARAGONESES, por lo "(...) fundamental de esta garantía para los sistemas procesales ha sido denominada como el principio supremo del proceso".

simplemente, la copia del audio, lo que revela sin duda, la consolidación de la oralidad en nuestro Distrito Judicial.

También se ha logrado avances en la celeridad de los procesos, pues se ha consolidado la práctica que “audiencia realizada es caso resuelto”, por ello el criterio de la carga cero introducida mediante la Ley 28994^[9], no sólo significa que el nuevo modelo empieza a funcionar con carga cero, sino que la carga cero se mantiene en todo momento, lo que sumado a la rapidez del sistema, se ha logrado dictar sentencias condenatorias a pocas horas de haber sido capturado el imputado, y que procesos penales que antes duraban años, ahora se resuelven en pocos meses, incluida la sentencia de segunda instancia.

La validación de la consolidación del NCPP se concretiza con un mayor acercamiento de la sociedad, lo cual ha permitido que la población pueda observar de manera directa la labor de los jueces, generando una mayor transparencia en el ejercicio de la labor jurisdiccional, transparencia que se ve fortalecida con las nuevas prácticas del Nuevo Despacho Judicial, tales como la aleatoriedad al momento de distribuir las causas, la inmutabilidad de la agenda, el sistema informático que

^[9] Con la Ley N° 28994, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de abril de 2007, conocida como ley de “carga cero”, se ha puesto en práctica una nueva metodología de implementación del NCPP en el País, acorde con la metodología más exitosa en Latinoamérica. Respecto a la “carga cero” resulta de vital importancia para la correcta y eficaz implementación del NCPP, que cuando entre en vigencia, exista una organización judicial exclusivamente diseñada para el conocimiento y aplicación del nuevo modelo, a fin de ir consolidando la nueva práctica y cultura procesal acusatoria adversarial. Pero además también es necesario que exista una segunda organización judicial diferente a la primera, que se encargue de la conclusión o liquidación de los procesos bajo el modelo antiguo. Lo central en este tema es que el sistema de carga cero o a dos aguas, permite con mayor eficiencia, que las nuevas prácticas del modelo adversarial se vayan instalando y consolidando, mientras el modelo antiguo va desapareciendo en la medida que la organización judicial encargada de la liquidación de procesos, va concluyendo su carga procesal, para luego pasar a formar parte de la organización del nuevo proceso penal (Ver Informe a 6 meses de vigencia del NCPP, web: Poder Judicial). Cabe reconocer que la iniciativa en esta Ley la tuvo la Sala Plena de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, la que mediante acuerdo unánime la aprobó en octubre del 2006. También cabe reconocer la obtención de esta Ley al Equipo Técnico Institucional del Poder Judicial y a la ex Ministra de Justicia Dra. María Zavala Valladares por su apoyo.

registra todas las actuaciones administrativas y jurisdiccionales en tiempo real; la publicación de audiencias a primera hora y en forma diaria, permitiendo al público tener conocimiento y poder asistir a ellas, y el registro de audio de las audiencias, que luego son subidas al sistema informático, permiten no solo una mayor transparencia en la gestión del nuevo despacho, sino que también brindan las seguridades suficientes para perennizar las actuaciones y decisiones judiciales.

Las prácticas procesales antes mencionadas, han permitido dar paso a nuevos paradigmas a seguir, tales como la oralidad, el trabajo en equipo, la corporativización, la buena fe, la confianza, la veracidad, etc., pilares que han permitido generar experiencias innovadoras que coadyuven a los resultados obtenidos, tales como la facultad delegada a los asistentes de causas jurisdiccionales para la firma de determinadas resoluciones y decretos, la notificación vía teléfono y vía Internet, la racionalización de notificaciones a un domicilio procesal indicado, requerimientos y nuevos procesos digitalizados y la apertura de un turno adicional del centro de distribución como garantía a los justiciables, que ha permitido el ingreso de requerimientos y solicitudes catalogadas de urgentes (formalizaciones de investigación preparatoria con detenidos adjuntando requerimientos de prisión preventiva o con detenido adjuntando requerimientos de terminación anticipada, allanamientos de domicilio e incautación de bienes, tutela de derechos, habeas corpus con personas detenidas, detenciones preliminares u homonimia con detenido).

El sistema de audiencias dentro de la reforma ha traído consigo innegables mejoras en cuanto a una correcta gestión del tiempo y ahorro de recursos, pues apenas ingresa un requerimiento o solicitud, el sistema asigna inmediatamente al asistente jurisdiccional y al juez que tendrá a cargo el caso. Seguidamente, el asistente programa la audiencia y cita a las partes. Finalmente, el día de la audiencia, el juez la lleva adelante, escucha a las partes, y luego decide, notificando en ese momento a los concurrentes.

Esta práctica ha producido un fortalecimiento del Nuevo Modelo y el sistema de audiencias, lo que ha generado, además de la eficiencia, una mayor confiabilidad, por la transparencia, celeridad y dinamismo con que se resuelven los casos penales bajo las reglas del nuevo Código

Procesal Penal. Al respecto, resulta relevante citar los informes de seguimiento de la implementación del Nuevo Código^[10], que dan cuenta de una reducción muy significativa, de las quejas o investigaciones interpuestas ante la Órgano de Control de la Magistratura, hecho que refleja la calidad y acierto en las decisiones jurisdiccionales, así como una mayor predictibilidad y confiabilidad.

5. LOS REZAGOS CULTURALES INQUISITIVOS EN EL PROCESO DE REFORMA PROCESAL PENAL

Así, a partir del 1 de julio de 2006, en el Distrito Judicial de Huaura, se inició la aplicación gradual del Código Procesal Penal en nuestro país. Siendo La Libertad el segundo Distrito Judicial que lo aplica a partir del 01 de abril de 2007, y a la fecha, si bien el Código Procesal Penal viene aplicándose a nivel nacional (al menos para los casos de corrupción de funcionarios), lo cierto es que viene desarrollándose un duelo de prácticas, entre las viejas prácticas procesales inquisitivas y las nuevas prácticas procesales acusatorias (Binder, 2005:25). Para que el proceso de reforma tenga éxito, este duelo de prácticas tiene que darse en un escenario donde existan las condiciones para sustituir las viejas prácticas procesales y administrativas, basadas en la escrituralidad y la cultura del expediente, por las nuevas prácticas basadas en la oralidad y el sistema de audiencias.

Lamentablemente, desde el inicio de la implementación en Huaura, no se han generado las condiciones para ese duelo de prácticas, pues, no se cuenta con el presupuesto adecuado, falta consenso de las instituciones, y en el ámbito jurídico, no se ha reformado la Constitución y las Leyes Orgánicas, y existen normas con rezagos inquisitivos en el Código Procesal Penal, cuya aplicación literal viene generando un conflicto de interpretaciones y de prácticas procesales que ha puesto en grave riesgo el proceso de reforma de la justicia penal en el Perú, la cual se ha orientado hacia el modelo procesal acusatorio.

[10] Ver, Informe General sobre los Resultados de la Aplicación del Código Procesal Penal, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Implementación del Código Procesal Penal del Ministerio de Justicia. Abril, 2010.

En efecto, según la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal^[11], el legislador señala que “(...) la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento, y la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso. *Es de destacar como una nota trascendental la implantación de la oralidad en la medida que permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad, permitiendo de esa forma un mayor acercamiento y control de la sociedad hacia los encargados de impartir justicia en su nombre*”.

El hecho que esté vigente el Modelo Acusatorio en el Perú, no significa que realmente estemos “viviendo” (trabajando) conforme al Modelo Acusatorio. Según Aguiló (2008:84) una cosa es tener una Constitución y otra es vivir en Constitución, “(...) una buena concepción de la Constitución tiene que ser capaz de integrar el sentido de darse una constitución con el de vivir en constitución”, para ello tiene que consolidarse una práctica constitucional orientada por principios y valores. Para reformar la justicia, no basta el haberse dado un nuevo modelo procesal de corte acusatorio, nos falta vivir (trabajar) en modelo acusatorio, para ello se hace necesario desarrollar una práctica procesal orientada hacia los valores y principios del modelo acusatorio.

En Chile, a partir de la Ley de reforma constitucional N° 19.519, publicada el 16 de septiembre de 1997, que coincidentemente creó al Ministerio Público como un organismo autónomo y jerarquizado que

^[11] La Comisión de Alto Nivel del Ministerio de Justicia, al concluir la redacción del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, elevó un Anteproyecto, el que tenía la exposición de motivos. Sin embargo, al promulgarse el texto legal, se omitió incluir la Exposición de Motivos. Tal omisión, sin duda, no impide conocer la voluntad o intención del Legislador, y en la cita se aprecia con claridad, que el modelo que se adopta, es el acusatorio de proceso penal, y con predominio de la oralidad. Ver el siguiente enlace: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_80.pdf.

tiene a cargo la investigación penal, el ejercicio de la acción penal pública, y la adopción de medidas para proteger a víctimas y testigos, se dieron una serie de reformas para crear las condiciones para la implementación de un modelo procesal penal de corte acusatorio. Así por ejemplo, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Ley N° 19.649, de 15 de octubre de 1999); el Código Procesal Penal (Ley N° 19.696, de 12 de octubre de 2000); la Leyes N° 19.665, de 9 de marzo de 2000 y N° 19.708, de 5 de enero de 2001, que modifican el Código Orgánico de Tribunales; la Ley N° 19.718, de 10 de marzo de 2001, que crea la Defensoría Penal Pública (Hórvitz Lennon, 2005: 23).

La reforma chilena responde, en general, a un sistema acusatorio, siendo su principal expresión legislativa el nuevo Código Procesal Penal, que establece la introducción de un juicio oral ante un panel de tres jueces como forma central de juzgamiento, suprime la figura del juez de instrucción y entrega la tarea de preparación del juicio al Ministerio Público, supervisado por un juez especialmente creado para cumplir esa tarea, llamado Juez de Garantía. Al mismo tiempo, el nuevo Código entregó a los fiscales del Ministerio Público diversas facultades destinadas a permitirles utilizar procedimientos alternativos al tradicional, con el fin de dar lugar a soluciones negociadas y descongestionar el sistema judicial del excesivo número de casos que habitualmente se le presentan. Una característica llamativa del proceso de reforma en Chile fue la creación de entidades completamente nuevas para hacerse cargo tanto de la función de persecución como de la defensa pública. Asimismo, los tribunales fueron objeto de importantes reformas orgánicas que abarcaron tanto las funciones jurisdiccionales, al crearse dos nuevas categorías de jueces, como las de administración, donde se estableció todo un nuevo sistema de gestión, por el cual se suprimió el despacho tradicional y se reemplazó por despachos colectivos, que abarcan a todos los jueces de una categoría dentro de cada ciudad, y cuya administración se entrega a un equipo profesional especializado. En términos generales, el proceso de reforma ocurrido en Chile tiene como característica ser un proceso bastante sistemático, gradual y bien financiado. Esto es, todas las instituciones han comenzado a conocer los casos bajo el nuevo sistema de acuerdo con una planificación bastante detallada de los procesos de instalación de tribunales, fiscales y defensores, de la ejecución de programas de capacitación para todos

ellos, y de la disposición de infraestructura para el desarrollo de las nuevas funciones, en algunos casos nueva y en otros, acondicionada especialmente (CEJA, Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina: Chile, 2005).

En Colombia, a fines de la década de los noventa, se dictó un Nuevo Código de Procedimiento Penal a través de la Ley 600, pero durante su difusión, sectores de la academia y la sociedad civil insistieron en la necesidad de reformar integralmente el proceso penal hacia un sistema acusatorio oral, con un juicio público, contradictorio y concentrado. Sin embargo, la ley 600 mantuvo las características del Modelo Mixto, manteniendo así, la estructura básica del proceso penal conforme a la Constitución de 1991. En consecuencia, la ley no podría introducir un sistema de corte acusatorio, sin previa reforma constitucional (CEJA, Informe de seguimiento de la Reforma Procesal Penal en Colombia, 2006).

Por ello, la Fiscalía presentó una iniciativa de reforma constitucional al Congreso. Con base en ella, se expidió el acto legislativo 03 de 2002 que introdujo las reformas básicas al texto constitucional, diseñó una implementación gradual y conformó una Comisión que debía producir un código en esta materia y vigilar la implementación del sistema. La citada comisión presentó al Congreso un proyecto de Código de Procedimiento Penal, que luego de algunas modificaciones culminó con la promulgación de la ley 906 de 2004. Las principales características del sistema acusatorio colombiano son: el método de trabajo del sistema es oral, a través de audiencias, y el expediente se reduce a una carpeta informal de recaudo de información para el registro interno de la fiscalía; se introdujo el principio de oportunidad, como un mecanismo para que la fiscalía racionalice el ejercicio de la acción penal, de acuerdo con la política criminal; se creó la figura del juez de control de garantías, quien debe tomar las decisiones que afecten derechos fundamentales del imputado durante la investigación (salvo en materia de restricciones al derecho a la intimidad, en que el control del juez de garantía es posterior, dentro de las 36 horas siguientes; se entregó a la víctima un catálogo de derechos, en el entendido que su rol en el proceso penal no debe reducirse al reclamo de una indemnización, sino que tiene derecho a conocer la verdad y reclamar que se haga justicia. Las decisiones que ponen fin al proce-

so penal deben tener control judicial, para posibilitar la intervención de la víctima en contra de esta decisión; se introdujo la suspensión del procedimiento a prueba, que permite que frente a ciertos delitos el imputado presente un plan de reparación del daño y se suspenda el ejercicio de la acción penal por un término, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones; se regularon otras formas de terminación del proceso penal con imposición de condena, fuera del juicio oral. Nos referimos a los preacuerdos de pena como forma negociada de poner fin al proceso y la aceptación de cargos, como aceptación anticipada de responsabilidad penal del imputado, con rebaja de pena; se introdujo el juicio oral como fase central del procedimiento, que debe desarrollarse de forma oral, pública, contradictoria, con inmediación y concentración; y se introdujo el incidente de reparación integral, en el cual una vez declarada la responsabilidad del acusado, la víctima pone en práctica la reclamación de una pretensión económica u otro tipo de reparación.

Así, la reforma procesal penal en Colombia, se encuentra en estado propicio para dotar a la administración de justicia penal, de un sistema ágil que permita combatir eficazmente el delito sin sacrificar la opción positiva de la Constitución a favor de los derechos humanos; que el modelo acusatorio no solo favorece al respeto de las garantías constitucionales, sino también dota de instrumentos a nuestra jurisdicción para alcanzar una mayor eficiencia en la persecución del crimen. Igualmente, es un imperativo para evitar el atraso científico (Gonzales Navarro, 2005:59).

Como se podrá observar de las dos experiencias de reforma procesal penal más exitosas en América Latina, como lo son Chile y Colombia, se tuvo que reformar la Constitución y las leyes orgánicas, para garantizar una correcta implementación del Modelo Acusatorio, lo que no ha ocurrido en el Perú.

En el Perú, a pesar de los 7 años de reforma, aún no se ha consolidado una práctica procesal afín al modelo acusatorio. Podríamos señalar que existen dos prácticas, una derivada de la aplicación literal de las normas inquisitivas que tiende a mantener el viejo modelo mixto inquisitivo, y otra, derivada de una interpretación constitucional de dichas normas, que se basan en la aplicación de los métodos de

“ponderación y el comparativo, con independencia de otros métodos aplicables a instituciones constitucionales...como la de los derechos fundamentales” (Ferrer Mac-Gregor, 2005:XIX), haciendo prevalecer la Constitución y los principios del Modelo Acusatorio a los normas inquisitivas, las que tienden a instalar las nuevas prácticas. En suma, a pesar de habernos dado un modelo acusatorio, aún no vivimos (trabajamos) en modelo acusatorio, pues hay quienes viven (trabajan) como en el modelo mixto inquisitivo; pero también hay quienes viven (trabajan) como en modelo acusatorio. Creo que es a nosotros que nos corresponde elegir cómo queremos vivir y trabajar.

Como es incuestionable, el Código Procesal Penal de 2004 se adscribe a un sistema acusatorio contradictorio (Neyra Flores, 2010:111), sin embargo, el legislador al redactar el texto legal, no pudo evitar la presencia de inconsistencias normativas, como la existencia de normas con rezagos inquisitivos. Parece que el legislador fue consciente de dicho riesgo, por ello sabiamente previó el artículo X del Título Preliminar que establece que “Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”. De tal manera, que se puede preservar la coherencia normativa del Código Procesal Penal, si frente a una inconsistencia, se aplican los principios del modelo acusatorio. Caso contrario, si no se aplican dichos principios, y se realiza una aplicación literal, se daría una práctica procesal inquisitiva, incoherente con la necesidad de instalar las nuevas prácticas de carácter acusatoria.

La existencia de normas con rezagos inquisitivos en un Código Procesal de modelo acusatorio genera una inconsistencia de tipo normativa, mientras que la aplicación literal de dichas normas genera incoherencia en la práctica del proceso penal. En efecto, hay lugares donde se vive la práctica del proceso acusatorio-oral, pero hay otros donde se vive la práctica del proceso inquisitivo-escrito, lo que viene impidiendo la consolidación del nuevo proceso penal basado en la oralidad y el sistema de audiencias.

A continuación vamos a hacer una descripción de los principales problemas generados por la interpretación literal de las normas del Código Procesal Penal, y sus efectos en la práctica procesal, para ad-

vertir en algunos casos, lo riesgoso que puede ser generar y mantener prácticas incoherentes con el modelo acusatorio.

Veamos en primer lugar las normas relativas a la dirección de la investigación del delito. En el Código se citan las siguientes normas: el artículo IV inciso 1 del Título Preliminar: *"El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio"*, el artículo 60 inciso 2: *"El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función"*, el artículo 65° inciso 3: *"Cuando el Fiscal ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará su objeto y de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez. La función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del Fiscal"*, y el artículo 65 inciso 4: *"Corresponde al Fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso (...)".*

Ciertamente, la relación del Ministerio Público y la Policía no fueron buenas, incluso desde antes de la entrada en vigencia del CPP, por muchas razones que no corresponden explicar ahora. Lo cierto es que la Policía siempre se ha opuesto a un modelo de investigación dirigida por el Ministerio Público. A partir de la interpretación literal de estas normas, se ha llegado a situaciones absurdas como afirmar "que quien dirige la investigación es el Ministerio Público y, por tanto, la Policía no puede realizar ningún acto de investigación sin su autorización y dirección" "que la Policía no puede hacer nada hasta que llegue el Fiscal". Esta forma de interpretación hizo que se confundiera "dirección de investigación" por "control de la actuación policial", por lo que más esfuerzos se despliegan para el control, que para la dirección. De otro lado, la Policía ha reaccionado a modo de protesta, "no haciendo nada hasta que el Fiscal lo disponga", generando una significativa disminución de sus intervenciones y protestando en espacios públicos que "el Nuevo Código Procesal Penal les ha recortado sus funciones y ya no pueden investigar o intervenir como antes". Entonces, la aplicación literal de las normas citadas no ha fortalecido el desarrollo de una investigación eficiente, basada en una mayor capaci-

dad operativa, labor de inteligencia y coordinación entre el Ministerio Público y la Policía Nacional.

Respecto a la facultad de la Policía de calificar jurídicamente los hechos, el Código establece en el artículo 332 inciso 2 que *“El Informe Policial contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades”*. En una aplicación literal de esta norma, reflejada en oficios y directivas, ha llevado a un debilitamiento de las facultades de investigación de la Policía al no tener la capacidad legal de realizar una calificación jurídica de los hechos denunciados o investigados.

La aplicación literal del artículo 268, inciso 1 “b” *“Que, la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”*, viene promoviendo la aplicación de la prisión preventiva como si fuera una pena anticipada, pues la condena futura debe asegurarse con la prisión preventiva, si la pena a imponer por la presunta comisión del delito investigado, va a ser superior a los cuatro años.

La aplicación literal del artículo I del Título Preliminar, inciso 2, promueve que los principios de oralidad, publicidad y contradicción sólo sean aplicables al Juicio Oral, y no a las etapas previas, pues solo se prevén expresamente para el juicio oral, así se desprende de su texto: *“Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio”*.

La aplicación literal del artículo 135 inciso 1, promueve la formación de expedientes y afecta la oralidad y el Nuevo Despacho Judicial del Modelo Acusatorio, pues según su texto *“Los requerimientos que el Fiscal formula al Juez de la Investigación Preparatoria deben acompañarse con el expediente original o con las copias certificadas correspondientes...”*

La aplicación literal del artículo 468 inciso 1, impide la terminación anticipada durante la etapa intermedia, contraviene el Modelo Acusatorio en el aspecto de propiciar las salidas alternativas y tener al juicio oral como una etapa principal y excepcional. También afecta al derecho del imputado a una pena más justa y a la disponibilidad que tiene sobre su derecho al juicio oral. Según su texto se prevé que: *“A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Prepa-*

ratoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte”.

La aplicación literal del artículo 370 inciso 1, sobre la Ubicación de las partes en el juicio oral, mantiene la misma ubicación del Juicio Oral del modelo Mixto inquisitivo, donde el acusado era ubicado solo y al centro en el banquillo de los acusados, en su condición de objeto de prueba. Esta ubicación impide a la Defensa del imputado tener igualdad procesal, promueve que el interrogatorio del acusado siga siendo lo más importante del juicio oral e impide la consolidación del Modelo Acusatorio a través del debate contradictorio, la teoría del caso y las técnicas de litigación oral. El texto establece que: *“El Juez Penal tendrá a su frente al acusado; a su derecha, al Fiscal y al abogado de la parte civil; y, a su izquierda al abogado defensor del acusado”.*

La aplicación literal de los artículos 371, 372 y 373, sobre los alegatos de apertura, las incidencias sobre conformidad y nueva prueba entre la presentación del caso y la demostración del caso (actuación probatoria), debilitan el desarrollo del juicio oral bajo las características del Modelo Acusatorio y las técnicas de litigación oral, afectando los principios de inmediación y concentración. El artículo 371 inciso 2: *“Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas”*; El artículo 372 inciso 1: *“El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil”*; y, el artículo 373 inciso 1 y 2: *“Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba...”; “Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes...”*.

La aplicación literal del artículo 375 inciso 1, afecta la demostración de la teoría del caso del Ministerio Público, afecta el derecho de defensa del imputado y atenta contra el desarrollo de las técnicas de litigación oral y del modelo acusatorio adversarial, pues según el texto: *"El debate probatorio seguirá el siguiente orden: a) Examen del acusado; b) Actuación de los medios de prueba admitidos; c) Oralización de los medios probatorios".* Esto llevaría a que el juicio oral se desarrolle igual que en el modelo mixto inquisitivo, donde la declaración del imputado era la prueba por excelencia. En el mismo sentido, la aplicación literal del artículo 378 inciso 4 que prescribe que *"El Juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes (...)"* genera que los jueces tengan iniciativa o actúen de oficio durante los interrogatorios para controlar las preguntas, cuando ello en un sistema acusatorio es potestad de las partes. Asimismo, la aplicación literal de este artículo que prohíbe las preguntas sugestivas, impediría el desarrollo de las técnicas de litigación, al privar al contraexamen de eficacia en el control de la prueba.

La aplicación literal del artículo 9 inciso 2, fomenta la permanencia del expediente en los recursos impugnatorios, debilitando la oralidad y el nuevo despacho judicial basado en el sistema de audiencias. El texto legal es el siguiente: *"Concedido el recurso de apelación, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, antes de la elevación del recurso a la Sala Penal Superior, que dentro del quinto día se agreguen a los actuados formados en sede judicial las copias certificadas pertinentes del expediente fiscal. Si transcurre el plazo sin que se haya agregado las copias correspondientes, el Juez inmediatamente elevará los actuados a la Sala Penal Superior, la que sin perjuicio de poner este hecho en conocimiento del Fiscal Superior instará al Fiscal Provincial para que complete el cuaderno de apelación."*

La aplicación literal del artículo 420 inciso 5 promueve una práctica perjudicial para el nuevo Modelo Acusatorio, e incoherente y contradictoria a las nuevas prácticas del sistema de recursos impugnativos. La norma establece que en su inciso 5 "A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia, que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente

y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra". Para el sistema oral, una audiencia tiene que desarrollarse bajo la regla de la contradicción, y para ello deben asistir las partes contrarias, sin embargo de su lectura literal, se entiende que a la audiencia pueden asistir las partes que lo deseen, lo que ha promovido como mala práctica que la audiencia se realice con una parte o sin partes, se vea como algo simbólico y formal, manteniendo el uso del expediente. Además, su lectura literal lleva a entender que la parte apelante no tiene la obligación de concurrir a la audiencia, lo que es incoherente y contradictorio con el deber de concurrir del recurrente, prevista tanto para la apelación de sentencias y la casación de autos y sentencias, donde la parte recurrente tiene la obligación de concurrir a la audiencia, de lo contrario su recurso es declarado inadmisibile.

La aplicación literal del artículo 423 inciso 3, genera la afectación del derecho a la doble instancia del imputado condenado, pese a concurrir a la audiencia de apelación su abogado defensor. Así se desprende de su texto legal: *"Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente"*.

La aplicación literal del artículo 425 inciso 3 b, vulnera el derecho que tiene el acusado cuando, pese a ser absuelto en primera instancia, se le condena en segunda instancia, imposibilitándole el derecho al doble conforme o derecho a que su condena se revise por segunda vez por un tribunal superior. Así, se desprende de su texto legal: *"Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiera lugar (...)"*.

6. INNOVACIONES EN EL SISTEMA DE RECURSOS

El sistema de recursos en el NCPP, trae importantes y polémicas innovaciones, tales como el sistema reglado y restringido de los recursos, la inmediatez en audiencia de apelación de sentencias, la facultad de condenar al absuelto, el recurso de casación, entre

otras. Y, para una correcta lectura e interpretación de dichas normas, ellas deben ser interpretadas conforme al artículo X del Título Preliminar del NCPP, es decir, de acuerdo *a una interpretación constitucional*.

6.1. EL SISTEMA REGLADO Y RESTRINGIDO DE LOS RECURSOS

Respecto al sistema reglado y restringido de los recursos, el artículo I del T.P. inciso 4 prescribe que “Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación”. Con este principio rector, no toda resolución va a ser objeto de apelación, sino solo aquellas que pongan fin al proceso, salvo las excepciones expresamente previstas (artículo 416 inciso 1 c y d). Pero además de estas excepciones, en el caso del recurso de apelación de autos y sólo por excepción, a pesar de no ser una resolución que pone fin al proceso o estar expresamente autorizada, el recurso podrá ser concedido si su denegatoria, a criterio del Juez o la Sala, puede ocasionar un “gravamen irreparable”(artículo 416 inciso 1 e).

En este tema, consideramos que se debe analizar caso por caso, de acuerdo a los criterios de la ponderación de intereses, de un lado los derechos fundamentales y el acceso a la justicia, y del otro, el sistema reglado de los recursos. Algo parecido es el supuesto excepcional previsto para el recurso de Casación en el artículo 427 inc. 4, si el recurso no cumple con los requisitos de procedencia, la Sala Penal Suprema puede, de forma “discrecional” conceder el recurso siempre que resulte “necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”. Pero para evitar que estos supuestos excepcionales se vuelvan una regla —lo que es muy frecuente en nuestro país—, se debe exigir que en el caso del recurso de apelación, el concesorio se encuentre claramente fundamentado, el mayor peso del derecho que se pretende proteger a través del recurso, y asimismo, el riesgo próximo y real de un gravamen irreparable (juicio de ponderación). Y, en el caso de la casación excepcional, el control que se debe exigir no está en el concesorio, sino en el resultado final del recurso, en donde la Sala Suprema deberá justificar haber ingresado a conocer un caso donde legalmente estaba impedida, *a través de la consagración de una doctrina jurisprudencial*.

6.2. LA INMEDIACIÓN, LA SEGUNDA INSTANCIA Y LA CONDENA DEL ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA EN EL NCPP

Si bien el derecho a recurrir es definido como un derecho reglado, ello no exime al Juez de realizar una interpretación constitucional de normas que colisionan con principios constitucionales del proceso penal. Veamos por ejemplo, el principio de inmediación y el derecho a la doble instancia. El derecho a la doble instancia o doble conforme, se originó como derecho del imputado condenado, entendido como el derecho que dicha condena sea revisada por segunda vez por un tribunal superior. Ese es el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional, por el que se prescribe que: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*. Luego, este derecho, por efecto del principio de igualdad, se extendió a los demás sujetos procesales.

El derecho al doble conforme se garantiza mejor cuando existe una verdadera inmediación en la segunda instancia. Pero, para ello debe preferirse el derecho a probar que tienen las partes (derecho de defensa y a la doble instancia), en lugar de normas que por diversas formalidades se limiten el ofrecimiento de pruebas por las partes (necesaria reserva, desconocimiento de la prueba, etc.). Realmente, en este punto tiene que superarse el paradigma del modelo inquisitivo del respeto absoluto a las formalidades, pues si por formalidades se deniega la actuación de las pruebas ofrecidas por las partes, contrariamente, la Sala de oficio, según el artículo 422 inciso 5, puede citar a testigos y a agraviados que ya declararon en juicio oral “siempre que la inmediación y la contradicción” así lo requieran. Consideramos que la práctica procesal correcta, conforme al modelo acusatorio, es que la Sala de Apelaciones admita las pruebas de las partes, haciendo una interpretación constitucional del artículo 422 inciso 2, y privilegie el debate contradictorio respecto a la teoría del caso de las partes. Si la Sala puede disponer “de oficio” la actuación de prueba ya actuada, en aras de mayor “inmediación y contradicción”. ¿Por qué no puede admitir las pruebas de las partes por los mismos principios invocados? Para ello se tiene que preferir el derecho de probar de las partes y sus teorías del caso, dejando de lado las formalidades y la actuación de oficio. ¿Acaso no es mejor para la doble instancia, un mayor debate

contradictorio y el reexamen de las pruebas del juicio oral a través de la inmediación? Si bien los jueces requieren de la verdad para tomar decisiones, en el nuevo modelo, la verdad no la busca el Juez a través de la prueba de oficio, sino que son las partes quienes demuestran la verdad, y para ello hay que privilegiar su derecho a probar, su mayor protagonismo y un mayor debate contradictorio de las partes. Mientras mayor es el debate contradictorio, más cerca de la verdad se encuentra el Juez.

Un tema vinculado a la doble instancia, y que fue resuelto rápidamente desde un inicio de la implementación por la Sala de Apelaciones, es la facultad inconstitucional conferida por el artículo 425 inciso 3 b) del Código Procesal Penal, mediante la cual "si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria (...)". A través de una interpretación constitucional, partiendo de los principios de defensa y doble instancia, previstos en el Título Preliminar, advertimos que la Sala de Apelaciones no puede condenar al que fue absuelto en primera instancia, pues estaría violando el Pacto Internacional, ya que a toda persona se le garantiza el derecho a que su sentencia condenatoria de primer grado sea revisada por un superior, a través de un reexamen de los fundamentos de hecho y de derecho. Sólo a partir de una sentencia confirmatoria de la condena de primera instancia quedarían satisfechas las garantías del debido proceso y la destrucción de la presunción de inocencia. Esto es lo que se conoce como el doble conforme, es decir, una primera condena y una segunda expedida por el tribunal revisor, dando conformidad a la condena de primera instancia.

Si la Sala de Apelaciones aplicara literalmente la norma del artículo 425 inciso 3 b), y se condenara al imputado en segunda instancia, esa sería en realidad su primera condena, y para que dicha condena pueda ser legítima, debería ser confirmada por una segunda instancia, a la cual tendría que tener acceso el procesado, sin embargo, contra la sentencia condenatoria dictada en segunda instancia, solo cabe el recurso de casación, el cual solo concede la posibilidad de cuestionar la aplicación del derecho, más no podría cuestionarse los hechos y las pruebas. El sentenciado en segunda instancia, por consiguiente, estaría privado de su derecho a la doble instancia y al doble conforme.

Es criterio consolidado en las Salas Penales de Apelación de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que por interpretación constitucional del artículo 425 inciso 3.b. y en aplicación del control difuso de convencionalidad^[12], no se podría condenar al que fue absuelto en primera instancia, porque se le privaría del derecho a contar con un recurso de revisión amplio contra la sentencia condenatoria, tal como lo estipula la Convención Americana de Derechos Humanos y la reciente Jurisprudencia de la Corte Interamericana^[13].

La práctica en estos casos es proceder a la nulidad de la sentencia absolutoria, y disponer la realización de un nuevo juicio oral por otro juez de juzgamiento, para que si en el nuevo juzgamiento, el imputado resulta condenado, pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa y a la doble instancia.

Otro tema interesante es lo previsto en el artículo 423 inciso 3 que establece que “si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso.

[12] El control difuso de convencionalidad instituido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde la Sentencia en el caso *Almonacid Arellano c/ Chile* (2006), y más explícitamente con la sentencia en el caso *Cabrera García y Montiel Flores c/México* (2010), establece como obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana”.

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mohamed vs. Argentina*, sentencia del 23 de noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). El 23 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) emitió la sentencia, en la cual desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado, y declaró, por unanimidad, que el Estado es internacionalmente responsable por haber violado el derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de Oscar Alberto Mohamed. La Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo penal condenatorio. El señor Mohamed fue condenado como autor del delito de homicidio culposo mediante sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por el tribunal en segunda instancia, la cual revocó el fallo absolutorio que había proferido el juzgado de primera instancia.

De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente". Al respecto, al inicio hicimos una interpretación literal, obviamente errada. Sin embargo, luego advertimos, que la aplicación literal de esta norma puede generar graves incoherencias y violaciones al debido proceso. Por ejemplo, si eran varios los acusados apelantes, y alguno de ellos no asiste a la audiencia de apelación, su recurso será declarado inadmisibile y su condena quedará firme, siendo posible, que respecto a los otros acusados concurrentes, sea vista su apelación y la sentencia pueda ser declarada nula o absolutoria. ¿Que, pasaría respecto a la sentencia condenatoria firme? He aquí una grave incoherencia.

También advertimos que la interpretación literal del artículo 423 inciso 3 produce violación al debido proceso, pues en el caso que el acusado apelante no acuda, pero sí su Abogado Defensor, declarar la inadmisibilidat de su recurso significaría la negación a su derecho a la doble instancia y al acceso a la justicia.

Según el modelo procesal, todo recurso de apelación se resuelve previa audiencia, por consiguiente, no basta que la parte presente su escrito de apelación, sino que además, tiene la obligación de acudir a la audiencia a defender oralmente su recurso. Si la parte apelante no asiste, entonces su recurso será declarado inadmisibile. Eso está claro. Sin embargo, qué se debe entender por "parte apelante" en el sistema de recursos del NCPP? ¿Qué pasa si el imputado o el agraviado asisten, pero no sus abogados? No se declara inadmisibile sus recursos, sino más bien deberá haber una reprogramación. ¿Qué pasa si es al revés, no asiste el imputado o el agraviado, pero sí sus abogados? La audiencia debe realizarse. Así, ocurre en la apelación de autos y en la casación. La parte apelante es el Defensor que representa al imputado o al agraviado. Por ello, en una interpretación constitucional y sistemática, la lectura correcta del artículo 423 inciso 3, debe ser "sólo si no concurre el acusado y su defensor se declarará inadmisibile el recurso, pero si no concurre el acusado pero sí el Defensor, la audiencia debe realizarse". Esto además, porque la litigación en el proceso recursal es estrictamente a nivel de defensa técnica, porque es derecho del defensor interponer recursos impugnatorios según el artículo 84 inciso 10, y, como el modelo acusatorio exige la defensa pública del recurso en la audiencia, no hay razón válida para impedir

su participación en audiencia de apelación de sentencias, cuando no concurre el acusado apelante.

6.3. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y EL DERECHO A PROBAR

El derecho a la doble instancia se encuentra regulado de forma contradictoria y restringida en el texto del Código Procesal, pero de su buena práctica depende que siga siendo un derecho fundamental, que no debe perder su naturaleza garantista originaria.

Ante una resolución judicial adversa, la parte afectada tiene derecho a plantear una pretensión impugnativa, y ser consciente de llevar a la segunda instancia, un caso que pueda ser demostrado. La mayor efectividad de la garantía de la doble instancia en el nuevo modelo, reside en la preparación del caso y el desarrollo de la litigación en segunda instancia. Efectivamente, la litigación oral no solo contribuye a garantizar mejor el derecho de defensa en el juicio oral, tal como lo afirma el profesor José Neyra Flores, sino también contribuye a garantizarlo mejor, en la audiencia de apelación.

En el nuevo modelo procesal, no basta presentar el escrito de apelación para garantizar el derecho de la parte (sea el imputado o el agraviado), a una segunda instancia, es necesario primero que el Abogado o Fiscal defina si tiene o no un caso para litigar en la Sala de Apelaciones. Una de las malas prácticas que se tiene que erradicar es el apelar por apelar, sin fundamento alguno, generando falsas expectativas a la parte y sobrecargando de casos a la segunda instancia. En el viejo modelo mixto inquisitivo basado en la escrituralidad, se apelaba por apelar, y esta mala práctica era la que realmente vulneraba de forma sistemática el derecho a la segunda instancia, pues ésta era promovida a partir de recursos que no tenían una teoría impugnativa, lo que provocaba la indefensión de la parte, indefensión que se agravaba cuando la parte no concurría a la audiencia de la vista de la causa.

La doble exigencia y control que tienen ahora los abogados, el control de la parte y el control de la audiencia (debate contradictorio) garantizan en el Nuevo Modelo que el derecho a la doble instancia se encuentre más protegido, pues, el Abogado deberá demostrar a la

parte que tiene buenos argumentos para apelar y pretender revocar la resolución que le causa agravio, y eso mismo deberá demostrarlo ante el tribunal de apelación, imponiéndose a los argumentos de la parte recurrida. Y, en caso de que no se tenga argumentos, deberá informarle a la parte y decidir con ella, si se interpone o no el recurso, pues de otro lado, debe tenerse en cuenta que el Código Procesal Penal sanciona con costas a la parte que sale vencida en el proceso, y sería doblemente injusto que el Abogado plantee un recurso sin fundamento y exponga a la parte, no solo a perder por segunda vez el caso, sino que además, a una condena por costas.

Mención especial merece la parte recurrida quien, una vez conocida la apelación interpuesta por la otra parte, también tiene que preparar -sea replanteando o creando- una nueva teoría del caso impugnativa, en atención a los fundamentos propuestos por la parte recurrente. Su presencia en la audiencia de apelación es fundamental, sin su presencia no sería posible llevar adelante la audiencia de apelación. Además, para el interés que defiende, es importante que acuda a la audiencia de forma puntual, pues si la parte apelante no concurre a la audiencia, podrá ejercer el derecho a solicitar que el recurso sea declarado inadmisibile. Y, si el debate contradictorio se inicia, podrá demostrar que le corresponde el derecho reconocido en primera instancia y que la apelación es infundada.

Considero que la mejor forma de garantizar una verdadera y real segunda instancia es promoviendo la revisión de las pruebas de cargo y descargo a través de la inmediación, sobre todo si se trata de pruebas personales y de casos difíciles, ya que de acuerdo al artículo 425 inciso 2 del Código Procesal Penal, la Sala Penal de Apelaciones "(...) no puede otorgar un valor probatorio diferente a las pruebas personales que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que se actúen nuevas pruebas que le cuestionen". Frente a ello, también debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 422 inciso 5 "también serán citados aquellos testigos -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia (...)". Al respecto, la interpretación constitucional de estos artículos debe estar orientada a consolidar el

derecho a probar de las partes, el derecho a la doble instancia y las bases de un modelo acusatorio adversarial. Así, el derecho a probar de las partes tiene que ser respetado; y para ello debe de preferirse el derecho constitucional de la parte a probar (presunción de inocencia y tutela judicial) frente a los requisitos formales que muchas veces (por ejemplo de la prueba nueva) impiden la realización de un mayor debate probatorio en segunda instancia. Por ejemplo, se llega al juicio oral y el abogado del imputado repara que no se ha presentado una prueba decisiva para acreditar la no responsabilidad penal y solicita al Juez su incorporación para el debate, sin embargo, dicha prueba es rechazada porque no cumple con los requisitos de la prueba nueva. Veamos este problema en sentido contrario, el Fiscal no cumple con ofrecer una prueba decisiva para acreditar la culpabilidad en la etapa intermedia, y al iniciar el juicio oral lo hace. Si el Juez se apeg a la regla procesal de la prueba nueva, comprobará que no cumple los requisitos y las rechazará, comprometiendo así al debido proceso y la tutela judicial, que se asienten en valores de justicia material y no formal. En cambio, si el Juez realiza una interpretación constitucional, resaltando su pertinencia y utilidad, las admitirá, y tendrá la enorme oportunidad de acercarse más a la verdad y al fallo justo.

Además, como ya lo dijimos anteriormente, el derecho a la segunda instancia se garantiza mejor cuando existe un mayor debate probatorio en el juicio de apelación, para lo cual, las partes han ofrecido nuevas pruebas o han solicitado la actuación de prueba ya actuada en primera instancia, como lo permite el Código Procesal de forma excepcional. Asimismo, tanto la propuesta de nueva prueba como la solicitud de actuación de pruebas personales ya actuadas en primera instancia, deben ser siempre a iniciativa de las partes, en especial de la parte recurrente, pues la teoría del caso en impugnación también está a su cargo. Me parece que dejar esto en manos del Juez de Apelación, podría ser interpretado como una nueva forma de prueba de oficio, que comprometería su imparcialidad. Finalmente, al Juez le interesa la verdad, pues ella es la base de la sentencia de segunda instancia, y de acuerdo al nuevo modelo, el Juez (Sala de Apelaciones) ya no busca pruebas ni las actúa de oficio, sino que ahora, debe promover la búsqueda de la verdad, fomentando el mayor debate probatorio posible entre las partes para -a través de la intermediación- realizar la revisión

de las pruebas que sustentaron el juicio de hecho de la sentencia y garantizar mejor el principio de la doble instancia.

La interpretación constitucional del Modelo Acusatorio, cada vez que profundizamos su estudio y conocemos más casos de la realidad, nos permite desarrollar una mejor interpretación del Nuevo Modelo que permite -a su vez- fortalecer al sistema de audiencias y la oralidad. Hoy, el principio de oralidad es considerado como el principio viabilizador del debido proceso, por ello tenemos que generar en el Perú la conciencia que la oralidad que rige las audiencias, no solo involucra a las partes, sino también al Juez: es la meta para garantizar una verdadera reforma de la justicia en nuestro país.

7. LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Modelo Acusatorio contenido en el Nuevo Código Procesal Penal, propone a la sociedad peruana un instrumento procesal moderno capaz de garantizar la seguridad ciudadana y las garantías del debido proceso. No es cierto que el Nuevo Código Procesal Penal sea absolutamente garantista y favorezca exclusivamente al delincuente, pues a diferencia del Modelo Acusatorio Chileno que propuso el modelo garantista (Maier, 2000: 179) y a diferencia del Modelo Acusatorio Colombiano que propuso el modelo eficiente (Maier, 2000: 243), el Modelo Peruano propone el Modelo Acusatorio eficiente y garantista. Así lo sostiene el Nuevo Código Procesal Penal en la Exposición de Motivos, al afirmar que se adopta un Modelo Acusatorio que se asienta en dos valores fundamentales: la seguridad ciudadana y la garantía. El legislador afirma que “(...) el Código Procesal Penal que se propone constituye un instrumento normativo cuyo fin último es lograr el equilibrio de dos valores trascendentes: seguridad ciudadana y garantía. Es decir, por un lado dotar al Estado de las herramientas necesarias para que cumpla con su obligación de llevar adelante un proceso rápido y eficaz, que conlleve a la dación de una sentencia que redefina el conflicto generado por el delito satisfaciendo las legítimas expectativas de sanción y resarcimiento y, de otro lado, que la imposición de una sentencia se efectúe con irrestricta observancia de las garantías que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que norman un procedimiento penal en un Estado democrático”.

En realidad, el Modelo Acusatorio Peruano propone en primer lugar, una etapa preparatoria eficiente, que garantice la no impunidad de los delitos, y en segundo lugar, un sistema de audiencias donde el Juez debe resolver la culpabilidad u otra medida gravosa contra el imputado, de forma pública y en base a la oralidad, contradicción e inmediación. El Modelo Acusatorio es el Modelo que mejor responde a las exigencias del debido proceso y a la tutela de las víctimas, por lo que estos dos valores; como son: la seguridad ciudadana, entendido como investigación eficiente, y la garantía del debido proceso, en perfecto equilibrio, son dos valores constitucionales, cuya aplicación debe ser siempre conforme a los principios de supremacía constitucional, contenidos en el artículo X del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal.

En el Nuevo Código Procesal Penal no existe una etapa policial de investigación autónoma, y tampoco una etapa de investigación donde la Fiscalía la realice por su cuenta y con exclusión de la Policía. Por el contrario, en el Modelo Acusatorio, ya en aplicación progresiva en el país, se produce un cambio radical (cualitativo) e inexorable: quien asume la potestad constitucional de Dirigir la Investigación es el Fiscal, como titular que es del ejercicio público de la acción penal (Constitución de 1993, artículo 159. 5: *“Ejercer la acción penal de oficio o a petición de parte”*). Por lo tanto, resultan excluidas tanto la idea como la práctica de “dirección policial paralela” o “investigación policial autárquica o autónoma” (Mixán Mass, 2008). Lo que el Nuevo Código Procesal Penal diseña es una etapa de investigación única, basada en el trabajo coordinado entre la Policía y el Ministerio Público, conforme lo estipula el artículo 333 del Código, es obligatorio que “(...) la Policía Nacional instituya un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación (...) con el Ministerio Público (...)” para que en base a la información sobre la criminalidad violenta y organizada, se elabore programas y acciones para la adecuada persecución del delito, y programas de protección y seguridad.

Para garantizar una investigación eficiente, no se deben realizar interpretaciones literales, en el sentido que es el Fiscal el único que puede dirigir la investigación, o es sólo la Policía, sino que lo que se pretende es un trabajo coordinado. El Nuevo Código Procesal Penal otorga a la Policía una mayor capacidad operativa investigativa, lo que

permite al Ministerio Público tener una buena investigación, y un buen juicio oral que garantice la sanción de los delitos.

La prisión preventiva no tiene por finalidad asegurar la futura condena, sino asegurar la presencia del imputado al juicio oral, por ello, al abrir formalmente una investigación penal, la prisión preventiva no debe aplicarse como pena anticipada, como era en el modelo inquisitivo, sin embargo, el requisito sustancial de la pena probable mayor de 4 años que aun mantiene el artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal, mantiene esta práctica de pena anticipada, cuando se le argumenta al Juez que la pena a imponer será mayor de 4 años, se la está diciendo que la futura sentencia será una de carácter efectiva, por lo tanto, tiene que aplicarse la prisión preventiva para garantizar la futura condena.

La oralidad y el sistema de audiencias, no solo se aplica al Juicio Oral, sino también a todas las decisiones trascendentes que el Juez debe tomar durante las etapas procesales previas al juicio oral. Ahora, la audiencia es una garantía de todos los ciudadanos que el Juez Penal decida, bajo los principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad. Esta es la principal reforma que genera el cambio de prácticas procesales y administrativas, pues todo aquello que antes se resolvía por escrito, ahora se resuelve luego del debate contradictorio realizado en la audiencia.

El cambio de la justicia hacia la oralidad del Modelo Acusatorio, requiere de la configuración de un nuevo Despacho Judicial, que permita la consolidación de las nuevas prácticas y la erradicación de las viejas prácticas. Sin embargo, la aplicación literal del artículo 135 viene generando muchos expedientes, de copias de copias por cada requerimiento que haga la Fiscalía, lo que hace que se mantengan las viejas prácticas procesales y administrativas. Estas prácticas ya no tienen sentido en el Nuevo Modelo Acusatorio, pues el Juez ya no debe resolver por escrito, sino en audiencia, y lo que debería hacer el Fiscal es llevar sus pruebas a la audiencia para exhibirlas públicamente. La aplicación literal de esta norma, también impide la configuración del Nuevo Despacho, basado en la gestión de audiencias y no en la gestión de expedientes.

La aplicación de la terminación anticipada como salida alternativa del proceso penal, tiene una serie de aspectos positivos para el imputado.

tado y el proceso mismo, así como para la víctima, sin embargo, la aplicación literal del artículo 468 inciso 1, podría impedir que pueda ser aplicado durante la etapa intermedia. Es principio, en todo modelo acusatorio, la posibilidad de una salida alternativa siempre está presente; incluso hasta durante el juicio mismo. En nuestro Nuevo Código Procesal Penal también se prevé una salida alternativa, similar al de la terminación anticipada, conocida como proceso de conformidad, que en lo material, es similar a la Terminación Anticipada, pues implica la aceptación de los cargos, la reducción de la pena y el adelantamiento de la sentencia condenatoria. Asimismo, al ser derecho del imputado el juicio oral, un derecho disponible si ello lo favorece, como ocurre en la terminación anticipada, no se le puede impedir al procesado, renunciar al juicio oral a cambio de una reducción de pena ("pena justa"), durante la etapa intermedia.

El modelo acusatorio diseña un juicio oral basado en el debate contradictorio, donde cada una de las partes llega con su teoría del caso y despliega las técnicas de litigación oral, para poder demostrar al Juez, la verdad de su teoría del caso. Para ello debe darse prioridad al debate de las pruebas de cargo y las pruebas de descargo. Sin embargo, la aplicación literal de las normas que regulan el juicio oral en el Nuevo Código Procesal Penal, como la ubicación del acusado en juicio oral, las incidencias de conformidad y prueba nueva, así como el interrogatorio del acusado, como la primera actuación probatoria del juicio oral, debilitan la instalación de las nuevas prácticas. Por ejemplo, si el acusado se mantiene al centro de la sala de audiencias, va a seguir siendo objeto de prueba, pasando a segundo plano el debate contradictorio; si luego de escuchar la teoría del caso de la defensa, argumentando tesis de defensa, se le pregunta al acusado si acepta responsabilidad penal o no (proceso de conformidad) se debilita su posición de parte; si luego de la presentación de la teoría del caso, se admiten nuevas pruebas a ambas partes, entonces las teorías del caso van a sufrir modificaciones; la existencia del actual orden del juicio oral, que distancia la presentación del caso con la actuación probatoria, afecta la inmediación, concentración y debate contradictorio.

Conforme al modelo acusatorio, el debate contradictorio se inicia con la actuación de las pruebas del Ministerio Público para que demuestre su tesis acusatoria, sin embargo, la aplicación literal del

artículo 375, obligaría al Fiscal a iniciar la demostración de su teoría del caso, interrogando al acusado, quien de ninguna forma constituye un medio de prueba, y menos es prueba del Ministerio Público. Además, el interrogatorio del acusado como la primera actuación, afecta el derecho de defensa, pues el acusado debe declarar al final del debate contradictorio, para poder ejercer plenamente su defensa y contradecir las pruebas de cargo.

En el NCPP con el solo escrito de apelación no es posible que se resuelva el recurso de apelación planteado, pues se hace necesario que la parte recurrente acuda a la audiencia de apelación, a fin de que se escuchen sus argumentos y se promueva el debate, bajo las reglas de la oralidad, inmediación y contradicción. Y, es que con el nuevo modelo procesal, los Jueces resuelven previa audiencia, y no con el expediente. La parte apelante tiene el deber de acudir a su audiencia, caso contrario su recurso será rechazado. Esta es una regla procesal introducida por el sistema de recursos del modelo acusatorio y el Código Procesal Penal. Esta exigencia que se impone a la parte, de concurrir a su audiencia de apelación, no es un obstáculo insalvable que convierta el derecho a la instancia plural (acceso a todas las instancias), en algo inalcanzable, es una obligación impuesta a la parte, como lo es por ejemplo, el deber de fundamentación de su recurso, lo que en definitiva garantiza mejor el derecho de defensa y sanciona a la parte que es negligente, con su inadmisibilidad.

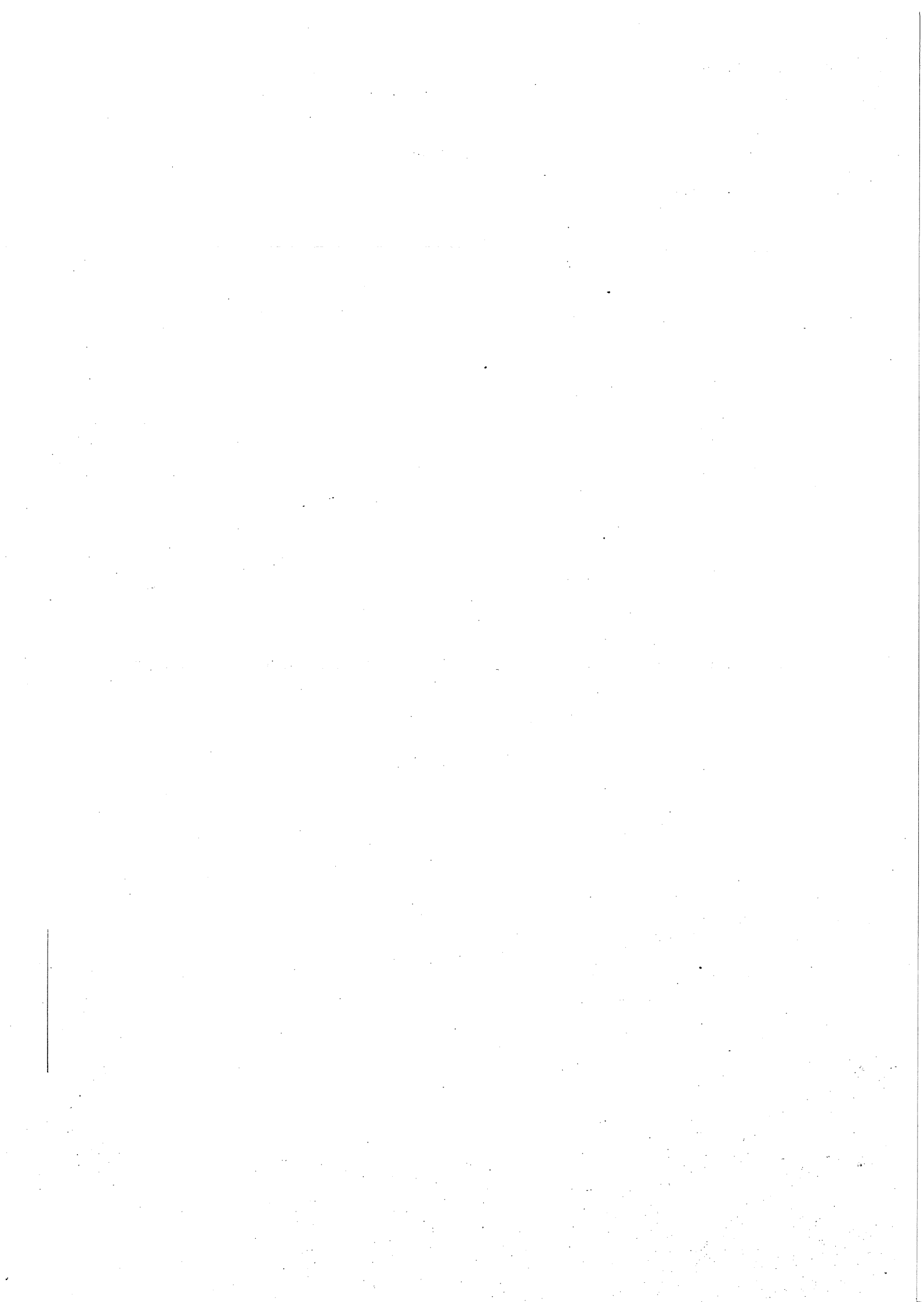
Ahora, con el NCPP, si la parte recurrente no concurre a su audiencia de apelación, su recurso también será declarado inadmisibile. Esta regla está presente para el caso de apelación de sentencia condenatoria, el NCPP en el artículo 423 inciso 3 establece de forma expresa que *"si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente"*, así como también para el caso del recurso de casación de autos y sentencias, el recurrente deberá acudir a la audiencia de casación, caso contrario, su recurso será declarado inadmisibile, así lo establece el artículo 431 inciso 2. La declaratoria de inadmisibilidad del recurso de apelación de auto, cuando la parte apelante no concurre, se encuentra ajustado a la regla rectora del sistema de recursos impugnatorios del Modelo Acusatorio basado en el sistema de audiencias, modelo que responde

mejor al diseño constitucional del proceso penal, y que se ajusta a un principio de legalidad constitucional, pues la garantía del proceso predeterminado por ley en el modelo acusatorio, establece que "la parte debe acudir a la audiencia requerida por ella" "que es deber de las partes probar su pretensión en audiencia", y, "que los jueces en el NCPP no resuelven una apelación sin audiencia". Si bien la lectura literal de la norma que regula la apelación de autos no es compatible con el deber de la parte apelante de concurrir a la audiencia, la facultad de declarar inadmisibles el recurso de apelación de auto por incomparecencia de la parte apelante, sí se encuentra expresamente recogido en el artículo 420 inciso 4, sobre trámite de la apelación de autos se precisa que *"El auto en el que la Sala declara inadmisibles el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415"*, concordado con el inciso 5 *"En la audiencia que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso, y acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes(...)".* Efectivamente, la apelación de autos se resuelve previa audiencia, que una vez oralizada la resolución y el recurso, se oirá al abogado del recurrente. Como se podrá advertir, la norma impone el deber de concurrir de la parte recurrente, y, que la facultad de concurrir o no a la audiencia, es para las partes que no son recurrentes. Por lo que la inadmisibilidad resulta aplicable para el caso de apelación de autos.

En segunda instancia, el proceso penal también se desarrolla bajo las reglas del modelo acusatorio, donde toda apelación o casación, de auto o sentencia, se resuelve en audiencia y conforme a los principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad, por ello, debe de evitarse la formación de expedientes judiciales como lo dispone el artículo 9 del Nuevo Código Procesal Penal, y promover que las partes lleven sus pruebas a la audiencia. Además, debe de garantizarse plenamente el derecho a la doble instancia, para lo cual, debe de permitirse el desarrollo de la audiencia de apelación, aun si el acusado no concurre, pero sí su abogado defensor, pues si se aplica literalmente el artículo 423 inciso 5, se puede declarar inadmisibles su recurso de apelación, y la sentencia condenatoria puede quedar firme, a pesar que su Abogado Defensor acude a la audiencia. Otro aspecto que tiene que ver con el derecho a la doble instancia, es la facultad de la Sala

Superior de condenar al procesado absuelto en primera instancia, lo que le impediría al procesado de un recurso impugnatorio el acceder al doble conforme, es decir, de dos sentencias condenatorias de primera y segunda instancia (doble conforme). De aplicarse literalmente el artículo 425 inciso 3 b del Nuevo Código Procesal Penal, el único recurso posible contra la condena en segunda instancia, sería la casación, pero este recurso no satisface los requerimientos constitucionales del doble conforme, como es el de cuestionar los hechos y el derecho por segunda vez.

Para hacer frente a los problemas suscitados por la aplicación literal de las normas que contienen rezagos inquisitivos, en varios distritos judiciales se ha acudido a la aplicación del artículo X del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 138 de la Constitución, que regulan la interpretación constitucional de las normas. De acuerdo a ello, los jueces deben de realizar una interpretación conforme al diseño Constitucional del Proceso penal, es decir, una interpretación constitucional que preserve los dos valores fundamentales del Modelo Acusatorio Peruano eficiente y garantista. En todo caso, repito, que la interpretación sistemática y teleológica restringida del artículo 159.4 y parte destacada del artículo 166 de la Constitución despeja cualquier duda o confusión y prevalezca el principio de coherencia normativa que, a su vez, sustenta la vigencia formal y real del Sistema y Modelo procesal Acusatorio. Más aun, téngase presente que desde de 1979 el Estado peruano ha consagrado como principio supremo de su ordenamiento jurídico el Principio de Constitucionalidad (que se sustenta en la concepción de la supremacía constitucional); en consecuencia, el Principio de Legalidad (general) tiene validez y eficacia, siempre que sea compatible con la Constitución (Mixán Mass, 2008).



**DIEZ AÑOS DE REFORMA
PROCESAL PENAL EN CHILE:
APUNTES SOBRE
SU DESARROLLO, LOGROS Y DESAFÍOS^(*)**

*Mauricio Duce J. ^(**)*

^(*) Este trabajo corresponde a una versión con cambios menores de un artículo publicado previamente. La referencia de dicho trabajo es Mauricio Duce, "Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos". EN; Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, pp. 23 a 75.

^(**) Abogado por la Universidad Diego Portales y Magister en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Stanford. Profesor Titular de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

PRELIMINAR

El presente trabajo tiene por objeto describir en forma sumaria el desarrollo que ha tenido el proceso de reforma procesal penal en Chile, intentando con ello reflejar alguno de los principales resultados obtenidos hasta el momento y sus desafíos futuros. El foco central está en la descripción de lo que ha ocurrido en los diez años de vigencia del nuevo sistema procesal penal en Chile, registrando algunos de sus principales hitos en tres etapas: años 2000 y 2001; años 2002 a mitad del año 2005; y, finalmente, desde la segunda mitad del año 2005 al 2010. Debido a los alcances limitados de este trabajo, no se intenta abordar todos los aspectos que un proceso de cambio tan complejo han supuesto, sino que la idea es entregar una visión panorámica de cómo se ha ido consolidando el proceso de cambio e identificar algunas áreas problemáticas que se deben resolver en el trabajo futuro del sistema.

INTRODUCCIÓN

La reforma del sistema de justicia criminal en Chile ha sido denominada por las autoridades públicas y sectores importantes de la sociedad civil como la “reforma del siglo”, enfatizando con ello la relevancia que este cambio ha tenido para nuestro sistema legal y para su arquitectura institucional en general.^[1] El inicio de la discusión pública acerca de la posibilidad de realizar una reforma al sistema de justicia

^[1] Utilizó este término, entre otros, Soledad Alvear (entonces ministra de Justicia), “Trascendencia de una Reforma”, *La Época*, Santiago de Chile, 7 de abril de 1998, p. 8.

criminal en nuestro país se produjo cuando varios países de América Latina habían experimentado cambios o abierto debates importantes en la materia. En efecto, el debate chileno comenzó hacia fines de 1992, cuando reformas como las de El Salvador y Guatemala se encontraban en etapas muy avanzadas de su puesta en marcha, y se aprobaba un nuevo código en el sistema federal argentino.^[2] En buena medida, el retardo obedeció a que el proceso de transición democrática chileno fue tardío respecto a otros del continente. En Chile, al igual que en la mayoría de los países de la región, la transformación en materia procesal penal se encuentra estrechamente ligada, al menos desde un punto de vista temporal, al proceso de recuperación democrática, a partir de la década de los ochenta.

Desde entonces hasta la actualidad muchas cosas han pasado. A diez años de haberse puesto en marcha la reforma procesal penal en nuestro país, es evidente que se ha producido un cambio muy profundo y sin precedentes en el sistema legal chileno. No me refiero simplemente al cambio de las reglas legales, ni tampoco a las transformaciones institucionales del sector, como por ejemplo la creación de la Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, sino que se trata de un vuelco profundo de nuestra cultura legal, de la manera de concebir el funcionamiento de la justicia penal, de la forma en que este opera en la práctica e incluso de la manera en que nuestra jurisprudencia se hace cargo de los problemas y nuestras facultades de derecho enseñan sus componentes y contenidos.

El poder de transformación que ha tenido la reforma supera incluso las expectativas que muchos de los más optimistas teníamos cuando a mediados de los años noventa comenzamos a discutir su necesidad. Esto no quiere decir que se trate de un cambio que no haya presentado varios problemas ni tampoco que no existan desafíos muy importantes aún pendientes. Mi punto es que, más allá de los problemas y desafíos, se puede observar la existencia de un escenario

^[2] Una visión panorámica de los procesos de reforma a nivel regional puede verse en Mauricio Duce, Mauricio. "Reformas a la justicia criminal en América Latina: una visión panorámica y comparada acerca de su gestación, contenidos, resultados y desafíos". EN: *Crimen e inseguridad* (Lucía Dammert, editora), FLACSO Chile - Catalonia, Santiago de Chile, 2009, pp. 189 - 224.

completamente distinto sobre el cual trabaja la justicia penal en Chile y eso es un logro muy importante obtenido en un período de tiempo bastante más breve que el que se pensaba podía producirse. La lógica, los principios, las instituciones y las normas de nuestro antiguo sistema inquisitivo parecen tan lejanas de la realidad actual que cuesta recordar que hasta hace menos de cinco años aún regían a más de la mitad del país. Incluso más, ellas parecen tan ajenas a los valores que hoy día están fuertemente instalados en el sistema que resulta comprender cómo mantuvieron vigencia por tantos años en nuestro país.

El nuevo escenario permite contar con una plataforma completamente distinta a partir de la cual se pueden discutir y resolver los problemas de nuestro sistema de justicia criminal. Se trata de un logro no menor que es necesario tener presente.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto describir en forma sumaria el desarrollo que ha tenido el proceso de reforma procesal penal en nuestro país, intentando con ello reflejar alguno de los principales resultados obtenidos hasta el momento y sus desafíos futuros. En consecuencia, el foco central de este trabajo está en la descripción de lo que ha ocurrido en los diez años de vigencia del nuevo sistema procesal penal en Chile registrando algunos de sus principales hitos. No me detendré en cambio en la descripción de los aspectos orgánicos o procesales del nuevo sistema o la historia de su desarrollo. Debido a los alcances limitados de este trabajo, tampoco pretendo abordar todos los aspectos que un proceso de cambio tan complejo han supuesto, sino que la idea es entregar una visión panorámica de cómo se ha ido consolidando el proceso de reforma e identificar algunas áreas problemáticas que se deben resolver en el trabajo futuro del sistema.

Para cumplir con este objetivo, el trabajo se divide en dos partes. En el primero de ellos se contiene un resumen del desarrollo experimentado por la reforma y de sus resultados principales, dividiendo el análisis en tres momentos desde la puesta en marcha del nuevo sistema. En el segundo presento los que, en mi opinión, constituyen algunos de los principales desafíos del sistema para los próximos años. Al finalizar, agrego algunas reflexiones a modo de conclusión del trabajo.

1. DESARROLLO, LOGROS Y PROBLEMAS DE LA REFORMA DURANTE SUS DIEZ AÑOS DE VIGENCIA

El proceso de reforma se inicia como hito formal con la presentación al Congreso Nacional del proyecto de nuevo Código Procesal Penal, lo que se produjo en junio de 1995.^[3] Sin embargo, este hecho constituyó un hito de un trabajo mucho más largo y complejo de varias instituciones y personas, iniciado a principios de la década, que encontró terreno fértil para desarrollar el proyecto a partir del gobierno de Eduardo Frei (1994-2000). La reforma supuso un complejo proceso de transformación legislativa y de instalación de nuevas instituciones. Es decir, significó reformas muy sustanciales a los cuerpos normativos que regulan al sistema de enjuiciamiento criminal, como a la vez la transformación, creación y puesta en marcha de las distintas instituciones que lo integran. En materia de reforma legislativa, el proceso de cambio concluyó en mayo de 2002 con la aprobación de la última reforma legal que integraba el paquete de proyectos originalmente presentado por el Ejecutivo al Congreso Nacional. De esta forma finalizó un proceso que tardó cerca de siete años en su conjunto.^[4]

[3] Véase: Mensaje N° 110-331 de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Nuevo Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, Santiago, 9 de junio de 1995. Una versión publicada del mismo puede verse en *Código Procesal Penal*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 1 a 26.

[4] El paquete central de reformas estuvo integrado por seis proyectos de ley: el Proyecto de Código Procesal Penal presentado al Congreso el 5 de junio de 1995 y publicado como Ley N° 19.696 en el Diario Oficial el 12 de octubre del año 2000; el Proyecto de Reforma Constitucional presentado el 28 de marzo de 1996 y publicado como Ley N° 19.519 en el Diario Oficial el 16 de septiembre de 1997; el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público presentado el 23 de marzo de 1998 y publicado como Ley N° 19.640 en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999; el Proyecto de Ley de Reformas al Código Orgánico de Tribunales presentado el 11 de noviembre de 1998 y publicado como Ley N° 19.665 en el Diario Oficial el 9 de marzo del año 2000; el Proyecto de Ley que crea la Defensoría Penal Pública que fue presentado el 12 de julio de 1999 y fue publicado como Ley N° 19.718 en el Diario Oficial el 10 de marzo del año 2001; y el Proyecto de Ley de Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal presentado el 11 de agosto de 1999 y publicado como Ley N° 19.806 en el Diario Oficial el 31 de mayo de 2002. Como se puede observar, algunos proyectos de ley (particularmente el que creó la Defensoría Penal Pública y el que establecía las normas adecuadoras) fueron aprobados incluso con posterioridad a la entrada en vigencia de la reforma en su primera etapa de implemen-

Respecto a la implementación y puesta en marcha del sistema, el artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público estableció un sistema gradual de entrada en vigencia de la reforma por regiones en cuatro etapas. La gradualidad del sistema se justificó tanto por razones técnicas (la dificultad de capacitar y llenar todos los cargos de jueces, fiscales, defensores y funcionarios que importa la reforma de una sola vez) como presupuestarias (dividir el costo de inversión inicial en varias etapas). De esta forma, el sistema de implementación supuso incluso la aprobación de una norma transitoria constitucional, la Trigesimosexta, que autorizó la aplicación gradual de la reforma y que, además, entregó a la Ley Orgánica del Ministerio Público la determinación del calendario de la implementación.^[5] De acuerdo al cronograma original la implementación gradual se realizaría en cuatro etapas y en un período de casi tres años. Con todo, una ley posterior (la Nº 19.762 publicada en el Diario Oficial el 13 de octubre de 2001) alteró dicho cronograma aplazando la vigencia del nuevo sistema en la Región Metropolitana. Finalmente, dicho calendario fue nuevamente alterado en diciembre de 2004 por medio de la Ley Nº 19.919, que retrasó la entrada en vigencia del nuevo proceso en la Región Metropolitana para el día 16 de junio de 2005. En consecuencia, no solo se alteró el orden inicial de entrada en vigencia de las distintas regiones,

tación en diciembre del año 2000. Esta situación generó la necesidad de operar con un régimen de emergencia en materia de Defensa Penal Pública durante más de un año de funcionamiento del nuevo sistema.

- [5] La gradualidad de la reforma generó alguna polémica respecto a la vigencia del principio de igualdad en las regiones donde esta no se aplicaba debido a que los procesados del antiguo sistema se encontraban en una situación de menoscabo de sus derechos y garantías constitucionales. Ello llevó a sostener que este sistema no era constitucional y que, en consecuencia, podía exigirse la aplicación de normas de garantía a regiones en donde no regía el nuevo sistema. En este sentido, aun cuando indirectamente, se pronunció un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de julio de 2001 en el que al decretar el sobreseimiento temporal del caso en contra de Augusto Pinochet hizo aplicable el artículo 10 del Código Procesal Penal. Con posterioridad, la Corte Suprema, en un fallo en el mismo caso de fecha 1 de julio de 2002, cambió dicho sobreseimiento por uno definitivo, señalando expresamente que las disposiciones del Código Procesal Penal no estaban en vigor fuera de las regiones en donde la reforma ya estaba funcionando (véase especialmente considerandos 7º y 8º). Esta decisión clausuró el debate sobre la materia.

sino que se amplió el plazo general de este proceso en casi dos años. Ambas alteraciones del programa se justificaron centralmente como una forma de contar con mayor tiempo para la puesta en marcha del sistema en la Región Metropolitana, la cual suponía desafíos más complejos tanto en infraestructura como en la carga de trabajo del sistema. Con todo, no estuvieron exentos de polémicas y debates.

Teniendo presente estos aspectos del proceso de implementación de la reforma, el objetivo de este apartado es analizar el desarrollo que ha tenido la reforma en sus casi diez años de vigencia desde el comienzo de su trabajo en las regiones IV y IX el día 16 de diciembre del año 2000. Para efectos de ordenar esta presentación, me parece que este período puede ser dividido en tres etapas distintas en cada una de las cuales se marcan desafíos y escenarios diversos de trabajo. Estos períodos son: años 2000 y 2001; años 2002 a mitad del año 2005; y, finalmente, desde la segunda mitad del año 2005 a la fecha. En cada una de estas etapas describiré muy someramente los principales logros obtenidos por la reforma y las cuestiones que se presentaron como más problemáticas. Como señalé en la introducción, no pretendo realizar una presentación exhaustiva de todos los temas que abarca este proceso complejo, sino más bien algunas de las cuestiones más estructurales que han marcado estos primeros diez años de vida del nuevo sistema.^[6]

^[6] Para quienes quieran tener una visión más completa de los resultados en las distintas etapas se recomienda la revisión de los Anuarios Estadísticos Interinstitucionales (disponibles en www.minjusticia.cl), las memorias y boletines estadísticos anuales del Ministerio Público (disponibles en www.ministeriopublico.cl) y la Defensoría Penal Pública (disponibles en www.defensoriapenal.cl). Además, se recomienda la lectura de algunos estudios de evaluación generales de la reforma entre los que se puede ver especialmente: BAYTELMAN Andrés (Redactor), *Evaluación de la reforma procesal penal chilena*, Facultades de Derecho Universidad Diego Portales y Universidad de Chile, Santiago, 2002; BAYTELMAN Andrés y DUCE Mauricio, *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2003; RITTER Andrés y Dettlec Achhammer, *Evaluación de la reforma procesal penal chilena desde la perspectiva del sistema alemán*, Sociedad Alemana de Cooperación Técnica, Santiago 2003; Ministerio Público y Vera Institute of Justice, *Analizando la reforma a la justicia criminal en Chile*, Santiago, 2004; RAMM, Alejandra, *Imputados*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005; MOHOR Alejandra y COVARRUBIAS Víctor, *El nuevo procedimiento penal en Chile: una aproximación empírica desde la seguridad ciudadana*, RIL Editores, Santiago,

Antes de entrar en este análisis me parece correcto afirmar en términos generales que el proceso de reforma chileno ha sido bastante exitoso. Sin perjuicio que, como se verá, en estas diversas etapas el sistema haya enfrentado algunos problemas importantes, se trata de una de las experiencias de reforma emprendidas en América Latina que ha logrado mayores y mejores resultados en una menor cantidad de tiempo. Estos resultados permiten concluir que, en su estado actual de desarrollo, la reforma procesal penal chilena se muestra como una política pública bastante exitosa en el cambio de prácticas de los operadores del sistema, cambio que se ha traducido en un impacto directo en los resultados de funcionamiento del mismo. Veamos ahora algunos de estos resultados.

1.1 AÑOS 2000-2001: LA ETAPA DE IMPLEMENTACIÓN INICIAL

Esta primera etapa está marcada por el gran desafío inicial que era la puesta en marcha de la reforma en las primeras regiones, con toda la incertidumbre que significaba implementar por primera vez en nuestro país un sistema basado centralmente en audiencias orales y con el debut de una nueva ley orgánica de tribunales y de nuevas instituciones como el Ministerio Público. En este contexto, el principal desafío de este período estuvo marcado por lograr una correcta instalación del sistema, de manera que el sistema y sus instituciones pudieran operar razonablemente, manejando el flujo de casos con niveles de calidad y sin que se presentaran barreras importantes para su funcionamiento cotidiano.

Recordemos que en estos plazos se puso en marcha la reforma tanto en las regiones de la primera como de la segunda etapa de

2007. Junto con estos estudios generales, hay diversos trabajos referidos a temas más específicos que iré citando en la medida en que me refiera a dichos temas en el desarrollo del trabajo. Solo incluyo en esta referencia dos investigaciones empíricas en materia de tratamiento de casos de violencia intrafamiliar: CASAS Lidia (Investigadora responsable) y otras. *La defensa de casos de violencia intrafamiliar*, Estudios y Capacitación N° 5, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2007; y CASAS Lidia, RIVEROS Francisca y VARGAS Macarena. "Las salidas alternativas en los casos de violencia intrafamiliar: la experiencia chilena". EN: *Reformas de la justicia en América Latina: experiencias de innovación*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2010, pp. 537 – 664.

implementación. Es así como durante el largo proceso de discusión pública y debate parlamentario previo a su puesta en marcha, siempre existió de parte de algunos sectores un cierto escepticismo respecto a las posibilidades reales de instalar un sistema acusatorio oral que funcionara como tal en Chile, es decir, en donde los nuevos actores asumieran con claridad sus roles básicos, el sistema fuera capaz de manejar sus flujos y operar con la metodología impuesta por el sistema (las audiencias orales) y que –además– se contara con una infraestructura adecuada para ello, entre otras cosas. Ideas como que se la reforma era contraria a nuestra “cultura jurídica” o un diseño “puramente teórico” sin posibilidad de funcionamiento real todavía circulaban por los pasillos de nuestra comunidad legal.

Si bien a primera vista el objetivo de “instalar” el sistema en este nivel aparece como algo básico o mínimo para un proceso de cambio de esta naturaleza, la experiencia regional daba cuenta que incluso lograr esto podía ser un desafío insuperable. Una buena parte de los procesos de cambio en la región no había sido capaz de generar las bases mínimas para el funcionamiento del nuevo proceso penal. Por lo mismo, no se trataba de un objetivo menor o que se logrará simplemente por la voluntad de implementar el cambio.^[7]

^[7] La experiencia de reformas posteriores en Chile ha dejado en claro que no se trata de un objetivo simple de lograr. Así, es de público conocimiento que la instalación del nuevo sistema de tribunales de familia en octubre de 2005 ha enfrentado problemas estructurales desde su inicio que solo en forma reciente han comenzado a corregirse y revertirse, siendo varios de ellos consecuencia directa de una falta de planificación en la línea que señalo. Un análisis crítico de esta reforma y sus resultados en los primeros meses de funcionamiento puede verse en CASAS Lidia, DUCE Mauricio, MARÍN Felipe, RIEGO Cristián y VARGAS Macarena. *El funcionamiento de los nuevos tribunales de familia: resultados de una investigación exploratoria*, Santiago, 2006, publicado en www.udp.cl. Más reciente puede verse SILVA José Pedro y otros. *Estudio exploratorio sobre el funcionamiento de la oralidad en los tribunales de familia de la Región Metropolitana*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007. Un último estudio acaba de ser publicado en donde se da cuenta del avance experimentado en el último tiempo, pero también de la persistencia de algunos problemas. Véase FUENTES Claudio, MARÍN Felipe y RÍOS Erick. “Funcionamiento de los tribunales de familia de Santiago”. EN: *Reformas de la justicia en América Latina: experiencias de innovación*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2010, pp. 371 – 459.

Desde el punto de vista del proceso de puesta en marcha o “instalación” de la reforma, los principales logros del período abarcaban aspectos tan diversos como la construcción o habilitación de los edificios requeridos por el nuevo sistema; la contratación y capacitación^[8] del personal de las distintas instituciones con anticipación suficiente; el diseño y puesta en funcionamiento de los sistemas informáticos; la obtención del presupuesto proyectado y su ejecución dentro de los márgenes previstos, etc. Es decir, se dieron los pasos necesarios para montar al sistema y de hecho al poco tiempo de su entrada en vigencia era posible observar que se trata de un sistema funcionaba con normalidad en todas las regiones en donde estaba previsto que ello ocurriera y, además, en los plazos previstos en que ello debía ocurrir. Además, respecto del funcionamiento del sistema, se podía constatar que los distintos actores (jueces, fiscales y defensores) habían asumido razonablemente el nuevo rol, habiéndose producido especialmente un avance importante en términos de cambio de prácticas. En la misma dirección, desde temprano se había consolidado la audiencia oral como metodología de decisión en las etapas previas al juicio y los intentos por reintroducir la lógica del expediente habían sido rechazados tanto por los actores del sistema como de parte del legislador.^[9]

[8] En materia de capacitación, junto con haberse desarrollado programas en cada una de las instituciones, se diseñó y ejecutó un innovador programa de capacitación interinstitucional. Más detalles sobre este punto en esta primera etapa pueden verse en DUCE Mauricio, MERA Alejandra y RIEGO Cristián. “La capacitación interinstitucional en la reforma a la justicia criminal en Chile”. EN: *Sistemas Judiciales*, N° 1, CEJA, Buenos Aires, 2001, pp. 76 a 93. Sobre el tema de la educación legal en materia de destrezas de litigación puede verse DUCE Mauricio. “La experiencia chilena en la enseñanza en el litigio oral”. EN: *Iter Criminis*, N° 5, Cuarta Epoca, Instituto de Ciencias Penales de México, octubre de 2008, pp. 11 - 44.

[9] El caso paradigmático es lo que ocurrió con la reforma a la redacción original del artículo 281 del CPP. Esta disposición establecía que el juez de garantía debe enviar al tribunal de juicio oral el “auto de apertura del juicio”, junto con “los demás registros que debieran acompañarse”. En la práctica del sistema, la mayoría de los jueces entendía —correctamente— que en virtud de la oralidad el tribunal de juicio no debía recibir nada más que el “auto de apertura”, el que contiene información mínima acerca de la prueba a presentarse en el juicio. Sin embargo, frente a una solicitud del Fiscal Nacional, la Corte Suprema, el 20 de marzo de 2002, dictó un instructivo a través del cual se intentó unificar criterios acerca del significado de la frase del artículo 281 del CPP. La Corte Suprema estimó en su instructivo que dicha norma imponía la obligación de hacer llegar al tribunal de juicio oral todos

Desde el punto de vista del impacto público, se podía constatar que las encuestas de opinión disponibles daban cuenta que existía una percepción muy positiva de la reforma, aun cuando los porcentajes de conocimiento de la misma a nivel nacional eran bajos (cerca de un 50% de la población señala conocer algo de la reforma).^[10]

También era posible notar avances en materia de vigencia de derechos individuales de los imputados y víctimas. Así, por ejemplo, muy rápidamente el sistema fue capaz de generar las audiencias de control de detención dentro de las 24 horas de producida esta y asegurar la presencia de un abogado defensor gratuito para cada imputado que lo requería.^[11] De otra parte, el Ministerio Público comenzó a desarrollar políticas de información y protección a víctimas por medio de sus unidades regionales.

En la contracara, comenzaron a surgir los primeros obstáculos y dificultades. Los dos más relevantes en mi opinión se refirieron a algunos problemas serios en la gestión de las distintas instituciones y el segundo, respecto a la capacidad del sistema para manejar sus flujos o su poca capacidad de absorber causas.^[12]

“... los registros jurisdiccionales producidos durante la etapa de investigación y de preparación de juicio oral”. Este instructivo generó gran preocupación en distintos sectores de la comunidad jurídica y la opinión pública lo que llevó a que parlamentarios de oposición presentaran un proyecto de ley destinado a modificar el artículo 281. Dicho proyecto contó con el apoyo de los sectores oficialistas y fue aprobado rápidamente en el parlamento. Su publicación en el Diario Oficial fue el día 11 de julio de 2002, a menos de cuatro meses de haberse dictado el acuerdo de la Corte Suprema como la Ley N° 19.815.

^[10] Con detalle sobre este punto puede revisarse Duce Mauricio. “Percepción pública y reforma procesal penal”. EN: *Boletín Jurídico*, N° 2-3, Ministerio de Justicia, Santiago, diciembre de 2002, pp. 177 a 200. Ver especialmente pp. 183 a 187.

^[11] Se trataba de una audiencia cuya regulación legal era ambigua en la regulación original del CPP y cuya instalación se debió fundamentalmente a una práctica consensuada por los distintos actores a propósitos de los procesos de capacitación institucional e interinstitucional. Respecto a los defensores debemos recordar que el sistema inició su trabajo sin que la Defensoría penal Pública estuviera instalada debido a que la ley que la creó solo fue aprobada en marzo del año 2001. Hasta antes de eso se operó con un sistema de contingencia que dependía del Ministerio de Justicia que sirvió de base para la configuración de la nueva institucionalidad.

^[12] Véase Baytelman, *Evaluación de la reforma procesal penal chilena*, cit.

Respecto de los problemas de gestión, lo más significativo era una tendencia de las instituciones a organizar su trabajo de acuerdo a las lógicas más tradicionales. Esto se traducía, por ejemplo, en que los tribunales operaban con un principio de radicación de causas en cada juez que conocía de la primera audiencia o en el uso de un sistema de fijación de audiencias muy rígido, todo lo cual generaba tiempos muertos muy significativos para fiscales y defensores. Algo similar ocurría en la fiscalía, en donde se podía percibir que la asignación de casos operaba también en la lógica de radicación o cartera y no flujos. Tampoco se apreciaban sistemas de especialización funcional. A todo ello debe agregarse que, tratándose de los tribunales, se habían generado conflictos y tensiones importantes entre jueces y la nueva figura de los administradores, que se traducían en una resistencia de los jueces a permitir que estos nuevos funcionarios asumieran la conducción administrativa de los tribunales y, particularmente, la administración de los recursos humanos del mismo, incluido los jueces.

Como consecuencia de estos y otros problemas adicionales, el sistema mostraba poca capacidad de absorber causas. Es así como a 12 meses de puesta en marcha de la reforma solo un 66% de los casos estaban terminados y a 15 meses esta cifra se elevaba solo a un 68,7% del total de ingresos, allí donde la expectativa era que a 18 meses el sistema pudiera tener una tasa de 89% de términos. Esto también se reflejaba en el funcionamiento de los tribunales. Así, el sistema mostraba signos de no poder manejar más de 4 y 8 audiencias diarias por juez de garantía y con tiempos promedios cercanos a la media hora.^[13] En tanto que el porcentaje de casos llegados a juicio oral era ínfimo.

Si bien se trataba de problemas que no impedían al sistema funcionar, incluso mejor que el sistema antiguo, ponía una sombra de duda acerca de lo que podía pasar en la medida que la reforma se extendiera a regiones más complejas y con mayor flujo de casos. Eso mismo hacía que este tipo de problemas requiriera soluciones rápidas frente a la inminencia de la puesta en marcha en zonas más grandes del país.

[13] *Ibidem* pp. 35 a 38.

1.2 AÑOS 2002-2005: ETAPA FINAL DE IMPLEMENTACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE RESULTADOS

La etapa que se desarrolla entre el año 2002 y mediados del año 2005 marcó un avance muy significativo en el trabajo de la reforma. Es así como el nuevo sistema se instaló en todo el país (incluyendo al final del período a la Región Metropolitana) y demostró una gran capacidad de aprendizaje en las nuevas regiones respecto de las experiencias iniciales, lo que facilitó superar varios de los aspectos más problemáticos ya descritos.

En este contexto, uno de los principales logros en relación al funcionamiento del nuevo sistema fueron los avances en materia de productividad y un aumento en la protección de derechos individuales de los imputados y tratamientos de las víctimas. Desde el punto de vista de la productividad del sistema, varios indicadores dan cuenta que este desarrolló capacidad para dar mayor cantidad de respuestas a los casos que conocía. Así, por ejemplo, a dos años de puesta en marcha –es decir a diciembre del año 2002– el sistema había sido capaz de concluir el 87,3% del total de casos ingresados. A diciembre de 2003 esta cifra se elevaba a un 95,6% del total de ingresos. Como se puede apreciar, en diciembre de 2002 el sistema se acercaba al óptimo de 89% y el 2003 lo superaba largamente. A diciembre de 2004 la cifra bajaba un poco como consecuencia de la puesta en marcha de regiones más complejas como la V y la VIII a fines del 2003, pero en todo caso llegaba a un 90,5% superando la cifra establecida como óptima. A esta capacidad de respuesta debe agregarse un cambio importante en la capacidad del sistema de realizar audiencias, tanto gracias a mejoras muy importantes en la gestión de los tribunales como aprendizaje de todos los intervinientes en su manejo. Esto hizo que los promedios de audiencia por juez se elevaran significativamente, disminuyéndose también los promedios de duración de las audiencias en tribunales de garantía.^[14]

^[14] Así, por ejemplo, en el año 2004 el promedio de duración de las audiencias de control de detención variaba entre 22 y 73 minutos en las distintas regiones, las de formalización de la investigación entre 19 y 78 minutos y las de medidas cautelares entre 10 y 36 minutos. Véase *Anuario Estadístico Interinstitucional 2004*, pp. 168 - 170. Al año 2006 esas cifras bajaban notablemente a promedios entre

Junto con resolver más casos, el sistema comienza a hacerlo en mucho menor tiempo que el sistema antiguo. Así, por ejemplo, las cifras disponibles indicaban que como promedio la duración de los casos había disminuido más de un 60%, es decir, a un tercio de lo que duraban en el sistema antiguo en la IV y IX regiones a dos años de la puesta en marcha.^[15]

En materia de garantías individuales, también se produce la consolidación creciente de la oralidad del sistema como metodología de trabajo judicial y, particularmente, del juicio oral como una garantía central de los imputados objeto de persecución penal. Por ejemplo, al 31 de diciembre de 2003 el sistema había realizado 1270 juicios orales y solo el año 2004 se realizaron 2177. En este sentido, el juicio oral comienza crecientemente a consolidarse como una salida de importancia en el sistema.

A su vez, diversos antecedentes empíricos muestran que el sistema fue capaz de racionalizar de manera muy importante el uso de la prisión preventiva, generando así un escenario más favorable para la vigencia de la presunción de inocencia.^[16] La Tabla N° 1 da cuenta del impacto que produjo en este período el funcionamiento de la reforma en materia de la composición de la población penitenciaria, tal vez el indicador más claro del gran cambio que produjo la reforma procesal penal en el período.

13 y 25 minutos para la audiencia de control de detención, entre 7 y 13 minutos para las de formalización de la investigación y entre 7 y 24 para las de medidas cautelares. Véase *Anuario Estadístico Interinstitucional 2006*, pp. 183-185.

[15] Véase BAYTELMAN y DUCE. *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*, cit. pp. 256-265.

[16] Para un análisis más detallado del punto con utilización de diversos indicadores y estadísticas, pero a la vez identificando algunas áreas problemáticas véase Duce Mauricio y RIEGO Cristián. "La prisión preventiva en Chile: el impacto de la reforma procesal penal y sus cambios posteriores". EN: *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2009, pp. 151-212.

TABLA N° 1

Porcentaje de presos condenados y en prisión preventiva
en promedio diario 2000-2005

Año	% en prisión preventiva y detenidos	% Condenados
2000	48,5 %	51,5%
2001	44,6%	55,4%
2002	44,7%	55,3%
2003	44,5%	55,5%
2004	38,9%	61,1%
2005	35,0%	65,0%

Fuente: Álvarez, Marangunic y Herrera^[17]

Se puede apreciar cómo paulatinamente disminuye el porcentaje de presos sin condena a tasas más razonables en el contexto comparado e internacional.

En materia del derecho de defensa, el sistema logra completar la implementación de la Defensoría Penal Pública ya que, como había mencionado, en los primeros años había funcionado un sistema provisorio de contingencia por la demora en la aprobación de la ley que la creó. A poco tiempo, esta institución fue capaz de asegurar, al igual que en la etapa anterior, que todas las personas imputadas por un delito contaran con la asistencia de un abogado desde momentos tempranos de la persecución penal (antes de 24 horas desde el momento de la detención) y, además, garantizar el acceso a la información temprana del caso para poder ejercer de manera activa este derecho. Finalmente, los antecedentes disponibles sugieren que la reforma en este período produce un impacto significativo en la reducción de apremios físicos realizados por agentes policiales en contra de los detenidos, generando así un nivel mayor de protección del derecho a la integridad física de los imputados en relación con el sistema antiguo, lo que se explica por varios factores, incluyendo dentro de ellos la realización de una

^[17] ÁLVAREZ, Pablo; MARANGUNIC, Antonio y HERRERA Raúl, "Impacto de la reforma procesal penal en la población carcelaria del país". EN: Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, N° 11, diciembre de 2007, Gendarmería de Chile, p. 122.

audiencia temprana de control de detención y el acceso a un abogado defensor en las etapas iniciales de la persecución penal.^[18]

Tratándose de los derechos de las víctimas, se constata en el período que el nuevo sistema desarrolla diversas políticas y establece mecanismos destinados a satisfacer el derecho de las mismas a ser tratadas con dignidad y respeto que habrían aumentado los niveles de protección de los mismos respecto al sistema inquisitivo. A su vez, el sistema comienza a desarrollar iniciativas muy interesantes para asegurar una atención de calidad y temprana de las víctimas que comparecen a las diversas fiscalías. De otra parte, se destaca que la reforma desarrolla un sistema destinado a ofrecer medidas de protección y asistencia médica, social y psicológica a favor de las víctimas de los delitos.^[19]

En una medida significativa estos logros se producen debido a procesos de innovación que el sistema comienza a experimentar en materia de gestión. Así, se constata una sofisticación creciente de la organización de las instituciones, lo que les permite enfrentar de manera adecuada la creciente carga de trabajo y los problemas más complejos que el sistema comienza a conocer. En este sentido destacan el desarrollo en la organización del trabajo de las fiscalías locales, los nuevos modos que se experimentan para organizar el flujo de audiencias en los tribunales y la coordinación del trabajo a nivel operativo entre las distintas instituciones que intervienen. Conceptos como radicación y cartera como formatos preferentes de distribución de casos se reemplazan por sistemas de flujos, unidades de litigación especializadas, etc. Así, una de las innovaciones mayores en el Ministerio Público fue que todas sus unidades introducen sistemas de evaluación temprana

[18] Véase BAYTELMAN y DUCE, *Evaluación de la reforma procesal penal: estado de una reforma en marcha*, cit. pp. 151-156; Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003 (Hechos de 2002)*, Santiago, 2003, pp. 41-51; Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004 (Hechos de 2003)*, Santiago, 2004, pp. 159-166; y Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005 (Hechos de 2004)*, Santiago, 2005, pp. 189-199.

[19] Véase BAYTELMAN y DUCE, cit., pp. 156-186.

de casos y tramitación de salidas tempranas, aumentando de manera significativa la productividad de la institución.

Estos logros se obtienen en un escenario en el que es posible constatar varios problemas o defectos en el funcionamiento del nuevo sistema.^[20] Entre los más relevantes se encuentran problemas en la modernización de la gestión de las distintas instituciones y, particularmente, de los tribunales en donde la introducción de la nueva figura de administrador de tribunales sigue chocando con la cultura judicial tradicional que es reacia a entregar el rol de administración de los tribunales que solían tener en el sistema inquisitivo; problemas de calidad del trabajo de los defensores públicos, especialmente en el desarrollo de capacidad para controvertir de manera sustancial los casos de la fiscalía y tener un rol pro-activo durante las etapas preliminares del proceso; la sub-utilización de algunos términos del sistema respecto a las expectativas originales, tales como los acuerdos reparatorios^[21] y el juicio oral; y defectos de razonamiento judicial en la decisión de los casos en donde todavía es posible percibir la lógica de la tasación por sobre la libre valoración o un cierto automatismo en las decisiones en materia de garantías individuales en las etapas anteriores al juicio. Algunos estudios demuestran también algunos problemas serios del sistema en la persecución penal y tratamiento de las víctimas de delitos sexuales.^[22]

En una medida importante estos problemas se pueden resumir en el desafío del sistema de imponer mayor calidad a su trabajo. El sistema logra manejar sus flujos, pero ahora requiere que ese manejo lo haga entregando un mayor valor agregado a su trabajo. Esto se traduce en cuestiones como, por ejemplo, la necesidad de aumentar

^[20] Loc. cit.

^[21] Una revisión sistemática del comportamiento de la suspensión condicional del procedimiento y de los acuerdos reparatorios en el período 2000-2003 puede verse en DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal: estudio exploratorio sobre su aplicación*, Estudios y Capacitación N° 1, Santiago, diciembre de 2004.

^[22] Véase CASAS, Lidia y MERA Alejandra, *Violencia de género y reforma procesal penal chilena*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie de Publicaciones Especiales N° 16, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, septiembre de 2004.

la calidad de respuestas del sistema (por ejemplo disminuyendo los términos facultativos o aumentando las sentencias en ciertas categorías de casos), mejorar la calidad de la defensa, superar problemas de gestión de tribunales, resolver mayor porcentaje de delitos graves, etc. Como se puede observar, se trata de un desafío más sofisticado que simplemente el sistema funcione. En este sentido, se empieza avanzar la idea que es posible exigir más al sistema y se asientan demandas al mismo que se podrían catalogar como de "segunda generación", es decir, exigencias ya no asociadas al nivel básico de su instalación, sino que orientadas a demandas más sofisticadas de resultados y calidad.

Junto con estos problemas, en este período resulta posible afirmar que ninguno de los logros descritos se había consolidado de manera que se hubiera asegurado el funcionamiento futuro del sistema. Las buenas prácticas que habían permitido los resultados descritos todavía convivían con prácticas disfuncionales a los mismos. De otra parte, las condiciones de carga de trabajo y complejidad que había enfrentado la reforma en Chile en ese período habían sido bastante favorables debido a que la implementación gradual del sistema permitió que este haya funcionado en las regiones con menor densidad poblacional. En este contexto, uno de los principales desafíos del proceso en esa época era extender los resultados obtenidos a la Región Metropolitana, que concentra a cerca del 40% de la población del país. La llegada de la reforma a esta región era considerada como la prueba de fuego del sistema, toda vez que el flujo y complejidad de casos que se esperaba debía atender representaba una dificultad muy alta para el mismo. Por eso, no obstante los resultados positivos, algunos sectores insistían en que ellos no se podrían replicar en la Región Metropolitana.

Finalmente, en este período surge una nueva área problemática representada por una creciente demanda e insatisfacción en materia de seguridad ciudadana. Así, es posible detectar que en este período surgen fuertes debates sobre el tema criticando a la reforma como un factor de aumento de inseguridad. Así, por ejemplo, se construye un discurso de una parte de la clase política muy crítico respecto al impacto que la reforma estaba produciendo en materia de seguridad ciudadana, particularmente en cuanto a que esta era demasiado "blanda" con la delincuencia (o que establecía demasiadas garantías a favor de los delincuentes y desmedro de las víctimas) y ello tenía el efecto

de aumentar la comisión de los delitos.^[23] Este tipo de críticas generó cuestionamientos a la legitimidad de la reforma en algunos sectores de la opinión pública. Estos cuestionamientos eran particularmente intensos respecto del tratamiento que el sistema daba a ciertos delitos menores en donde la interpretación de distintas instituciones de la reforma permitía que las sanciones aplicadas a este tipo de delitos fueran bastante menores.^[24]

Uno de los ejemplos más paradigmático en la materia se presentaba con la interpretación que la Corte Suprema había hecho del artículo 395 del CPP en relación a las penas que se podían aplicar en los procedimientos simplificados cuando los imputados habían reconocido su responsabilidad. Allí, la Corte sostuvo que el artículo en cuestión no solo era una regla de procedimiento sino también de determinación de pena, por lo que en casos en que los imputados reconocieran responsabilidad en un procedimiento simplificado solo se podía aplicar como pena una multa o prisión y no la pena originalmente señalada para el delito en la legislación penal sustantiva.^[25] La polémica que generó tal problema llevó a la modificación de dicho artículo en noviembre del año 2005.

^[23] Un ejemplo de esto es el debate en segundo trámite constitucional sostenido en la Cámara de Diputados durante el año 2003 acerca de la postergación de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la Región Metropolitana, en donde varios diputados manifestaron una posición muy crítica a la misma respecto a sus impactos en materia de seguridad ciudadana (documento en archivo electrónico en poder del autor).

^[24] Esta preocupación incluso fue parte central del diagnóstico realizado por la Comisión de Expertos que se formó a partir del debate de la postergación de la reforma en la Región Metropolitana y, por lo mismo, parte importante de las propuestas de la misma se orientaron a solucionar problemas en este tema. Véase Documento de la Comisión Nombrada para Revisar y Evaluar la Puesta en Marcha y Funcionamiento del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal, diciembre de 2003. Copia del documento puede encontrarse en www.pazciudadana.cl

^[25] Véase Sentencia de la Corte Suprema de 27 de marzo de 2002. En un fallo posterior, la Corte Suprema amplió el mismo criterio a los delitos de acción privada tramitados en conformidad a las reglas del procedimiento simplificado aumentando el problema descrito. Véase Sentencia de la Corte Suprema de 30 de abril de 2003, causa rol N° 4.611-02.

En términos más generales, los cuestionamientos a la reforma por su ineficacia en materia de seguridad ciudadana llevaron a la elaboración de varios proyectos de reforma legislativa que fueron aprobados en el período en análisis. La primera de estas reformas fue introducida en la Ley N° 19.789, publicada en el Diario Oficial el día 30 de enero de 2002. Esta reforma surgió como consecuencia de las recomendaciones emanadas del informe de una Comisión de Evaluación de la Implementación de la Reforma Procesal Penal establecida por el Ministerio de Justicia durante el segundo semestre del año 2001 con el objetivo de proponer algunas correcciones que perfeccionaran el sistema frente a algunos problemas que se había detectado en la puesta en marcha inicial del mismo.^[26] El informe propuso un conjunto de medidas, algunas de las cuales suponían modificaciones legales y otras no, que debían adoptarse para superar varios de los problemas detectados. Sobre la base de estas recomendaciones, el Ministerio de Justicia elaboró un proyecto de reforma que recogió componentes significativos de las propuestas y que fue presentado a tramitación legislativa el día 31 de octubre de 2001 al Senado.^[27] El proyecto proponía modificaciones en diversas materias, pero durante su tramitación parlamentaria se acotó y se redujo básicamente a los componentes vinculados con las facultades de intervención policial en el control de identidad (ampliación de esta facultad a hipótesis de faltas y establecimiento de facultades de revisar vestimentas, equipajes y vehículos de los controlados), las citaciones y las detenciones en casos de flagrancia (ampliando las facultades de detención a algunas faltas específicas del Código Penal) y el registro de lugares cerrados (simplificando el proceso para el registro).^[28] Se consideró que esa era el área más problemática que requería reformas urgentes ya que se estimó que derivado de un deficiente tratamiento de la delincuencia menor y de las facultades policiales en materia de

[26] Véase, INFORME COMISIÓN DE EVALUACIÓN, octubre de 2001, 35 páginas, documento en formato electrónico en poder de los autores. Los miembros de dicha comisión fueron Carlos Valdivieso, Juan Enrique Vargas, Cristián Riego y Rafael Blanco.

[27] Véase, Mensaje N° 108-345 de 31 de octubre de 2001.

[28] Una explicación de las modificaciones al control de identidad puede verse en SALAS Jaime. "Evolución del control de identidad: ¿en ruta a su desnaturalización?". EN: Problemas del proceso penal, Librotecnia, Santiago, 2009, pp. 163 - 199.

orden público se generaba percepciones negativas de la reforma dentro de la comunidad, que afectaban seriamente la percepción de legitimidad de la misma. El proyecto fue publicado en el Diario Oficial el 30 de enero de 2002, causando más de alguna polémica dentro de la comunidad jurídica.^[29]

La segunda reforma relevante en la materia se produjo con la aprobación de la Ley N° 20.074, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre del año 2005. Su origen estuvo en un debate parlamentario en el que se criticó fuertemente la facilidad con que, según algunos parlamentarios, se otorgaba la libertad a imputados por parte de los jueces de garantía. Este debate se desarrolló fundamentalmente en el año 2003 a propósito de la postergación de la entrada en vigencia del nuevo sistema en la ciudad de Santiago.^[30] El nuevo sistema debía comenzar a operar en la capital del país a fines del año 2004 pero el gobierno planteó una postergación de seis meses debido principalmente al retraso de las obras del Centro de Justicia de Santiago, edificio que debía albergar a los órganos del nuevo sistema. Una de las áreas más debatidas en la época estuvo en una polémica generada respecto a la concesión de libertades, el que concluyó con el acuerdo de, por una parte, postergar la entrada del sistema en Santiago hasta el año 2005 y, por la otra, crear una comisión que analizara el funcionamiento del sistema y propusiera correcciones para resolver los problemas que se venían denunciando. La comisión se constituyó durante el año 2004 y al finalizar su trabajo elaboró un reporte que reafirmó los valores del sistema pero reconoció algunos problemas operativos en su funcionamiento, planteándose diversas recomendaciones para superarlos.

^[29] Una visión crítica del mismo puede verse en HORVITZ María Inés y LÓPEZ Julián. *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, T. I, pp. 591 - 609. Un debate que reproduce en parte la polémica puede verse la sección Contrapunto de la revista *Apuntes de Derecho*, N° 9, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp. 32 - 34.

^[30] Como en varios temas parte de la preocupación de los parlamentarios es fuertemente anecdótica, pero sin fundamento empírico claro. Véase debate segundo trámite constitucional sostenido en la Cámara de Diputados durante el año 2003 (documento en archivo electrónico en poder de los autores). Ello contrasta con cifras oficiales del Poder Judicial que indican que en el año 2003 los jueces de garantía rechazaron solo el 6,6% de las solicitudes de prisión preventiva presentadas por los fiscales y el año 2004 sólo el 4,9%.

Dichas recomendaciones incluían también aspectos que requerían o no requerían modificación legal.^[31] Algunas de esas recomendaciones fueron luego incorporadas a un proyecto de ley que después de una larga discusión se transformó en la Ley N° 20.074. Esta se hizo cargo de varios aspectos del nuevo sistema. En materia de prisión preventiva, el motivo central que originó su discusión introdujo dos cambios fundamentales: por una parte, se redujeron sustancialmente las hipótesis de exclusión de la prisión preventiva^[32] referidas a delitos de penas bajas y a casos en los que el imputado pudiese verse favorecido en la sentencia con una medida alternativa a la privación de libertad.^[33] Por la otra, se suprimió la alusión explícita al principio de proporcionalidad como límite a la aplicación de la prisión preventiva.^[34] En general, tanto las discusiones de la comisión de expertos como los debates del Congreso Nacional dan cuenta de que lo que se pretendió con estas modificaciones fue otorgarle a las regulaciones legales un sentido neutro frente a la prisión preventiva, quitándole reglas de contenido restrictivo que debían operar como criterios orientadores de la decisión de los jueces pero que de acuerdo a la percepción que se tenía, en muchos casos se habían tendido aplicar de forma automática, sin ponderar suficientemente las complejidades de cada caso, generando algunas decisiones de mucha notoriedad que producían una enorme deslegitimación del sistema.^[35] Con todo, también se trató de una modificación legal que generó bastante polémica en la comunidad

^[31] Véase Informe de la Comisión Nombrada para Revisar y Evaluar la Marcha y Funcionamiento del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal, diciembre de 2004 (documento en formato electrónico en poder del autor).

^[32] Letra a) del artículo 141 original del Código Procesal Penal.

^[33] Letra c) del artículo 141 original del Código Procesal Penal.

^[34] Inciso primero del artículo 141 original del Código Procesal Penal.

^[35] Ejemplificador de esta lógica es parte del Mensaje del Ejecutivo con el que se envió el proyecto de ley que dio origen a esta reforma. En este señalaba que: "De allí es que, para cumplir con dicha finalidad, en el presente proyecto de ley se plantean las siguientes reformas legales: a. Perfeccionamiento de la regulación de la prisión preventiva, distinguiendo de mejor manera las causales que la hacen improcedente, de modo de evitar una automatización en su interpretación, en desmedro de la cualidad cautelar de esta medida." Véase Mensaje 440-350 de 22 de enero de 2004 presentado por el Presidente de la República a la Cámara de Diputados.

jurídica.^[36] Esta ley incluyó también otras diversas modificaciones al procedimiento simplificado y la suspensión condicional del procedimiento, entre otras.

En este contexto, el comportamiento inicial de las autoridades a cargo de las distintas instituciones del nuevo sistema estuvo marcado por una tendencia a desechar estas nuevas demandas por mayor eficacia del nuevo sistema en el control de la delincuencia argumentando la complejidad del problema y de sus causas, su falta de certeza empírica o simplemente debido a que su solución no correspondía en estricto rigor al mandato de las nuevas instituciones. Por lo mismo, en este período no hubo avances significativos en esta materia desde el punto de vista de la respuesta de las instituciones.

1.3 AÑOS 2005-2009: ETAPA DE FUNCIONAMIENTO EN ESTADO DE RÉGIMEN Y CONSOLIDACIÓN DE LAS DEMANDAS DE SEGUNDA GENERACIÓN

Esta última etapa de implementación estuvo marcada por la puesta en marcha de la reforma en la Región Metropolitana en junio de 2005, con lo que se concluyó el proceso de implementación inicial. Como ya ha sido mencionado, este era considerado el desafío final de la reforma y la fecha de su entrada en vigencia había sido postergada en dos ocasiones respecto del calendario original de implementación. Además, el período está caracterizado por el hecho que el sistema comienza a partir de 2007 en adelante a funcionar en un escenario de régimen, es decir, dentro de sus parámetros regulares de carga de trabajo y competencia.

En este período la reforma mostró el importante nivel de aprendizaje de las distintas instituciones adquirido durante el proceso de implementación previo. En efecto, no obstante verse sometido el sistema a un nivel de flujo de casos muy superior a los tenidos con anterioridad, la capacidad de respuesta del mismo se mantuvo casi intacta e incluso con el tiempo aumentó de manera significativa. Al finalizar el año 2005, el sistema había sido capaz de concluir un 87,1%

^[36] Por ejemplo véase CASTRO Javier. *Introducción al derecho procesal penal chileno*, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 292.

de los casos ingresados. No obstante, esta cifra representaba una baja respecto de lo logrado en la etapa anterior, era necesario considerar que la Región Metropolitana había estado en operación menos de seis meses y por ello solo había sido capaz de terminar un 63,3% del total de casos ingresados lo que producía una distorsión.^[37] De hecho, el resto de las etapas de implementación superaban el 93% de términos e incluso en un caso el 101,9% (II, III y VIII regiones). La tendencia a aumentar el número de casos resueltos se consolida el durante el año 2006, en donde la fiscalía fue capaz de concluir 99,7% de los casos en relación a los ingresos del mismo año. Como se puede observar, un estándar muy por sobre las expectativas originales. Dicha tendencia luego fue mantenida e incluso ha sido superada en años posteriores en un contexto en que el número de casos ingresados ha ido aumentando de manera significativa. La Tabla N° 2 contiene un resumen de los casos ingresados y terminados en el período 2005-2009.

TABLA N° 2
Casos ingresados y terminados (Años 2005-2009)

Año	N° Ingresos	N° Términos	Relación %
2005	710.586	618.867	87,1%
2006	944.547	941.735	99,7%
2007	1.078.307	1.082.961	100,4%
2008	1.213.797	1.309.332	107,9%
2009	1.276.296	1.373.474	107,6%

*Fuente: Elaboración propia a partir de Anuarios
Estadísticos del Ministerio Público*

Según se puede apreciar, la evolución de las cifras es muy positiva ya que el sistema no solo muestra capacidad de manejar la carga anual ingresada sino que incluso aborda el pequeño porcentaje de casos que se fueron rezagando en años anteriores. En este contexto,

^[37] La cifra de 63,3% a menos de seis meses de funcionamiento obtenido por la Región Metropolitana incluso era muy superior a las obtenidas por otras regiones menos complejas. Por ejemplo, debe recordarse que en las primeras regiones a 12 meses, es decir, el doble de tiempo, se lograba una cifra de términos de 66% de los ingresos.

un marcado aspecto del período es la preocupación de todas las instituciones por avanzar los aspectos de calidad pendientes en el sistema. Esto se refleja, por ejemplo, en que buena parte de las instituciones comienzan a desarrollar programas de capacitación de sus integrantes complementarios de los recibidos al inicio de la reforma como materia de potenciar las herramientas de sus funcionarios y mejorar defectos detectados en la práctica del sistema. A niveles más cuantitativos, existe un esfuerzo importante del Ministerio Público de mejorar el porcentaje de las soluciones de mayor calidad por sobre los diversas salidas de desestimación de casos. En este ítem, las diversas fiscalías del país comienzan a superar el 30% de términos de mayor calidad según se puede observar en la Tabla N° 3 que contiene el resumen de los términos utilizados por el Ministerio Público en dos categorías: términos judiciales^[38] y no judiciales^[39] entre los años 2004 a 2009. Debe señalarse que en principio los términos judiciales involucrarían a las decisiones de mayor calidad del sistema.

TABLA N° 3
Términos del Ministerio Público agrupados en
Salidas Judiciales y no Judiciales (Años 2004 a 2009)

Año	Judiciales	No Judiciales
2004	30,5%	69,5%
2005	33,8%	66,2%
2006	36,3%	63,7%
2007	37,9%	62,1%
2008	39,3%	60,7%
2009	41,3%	58,4%

*Fuente: Elaboración propia a partir de los Anuarios
 Estadísticos del Ministerio Público*

^[38] En estos se incluyen las sentencias definitivas emanadas de todos los procedimientos del sistema (incluyendo el ordinario, el simplificado, el abreviado y el monitorio), la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, los sobreseimientos (temporal y definitivo) y la facultad de no iniciar la investigación.

^[39] Estos incluyen los archivos provisionales, decisión de no perseverar, el principio de oportunidad y las incompetencias.

Se puede apreciar un aumento de las soluciones de calidad en más de un 33% en el período 2004-2009, lo que da cuenta de una tendencia muy positiva sin perjuicio de algunos bemoles que señalaré más adelante.

Un fenómeno similar ocurre con la consolidación de la disminución en la duración de los procesos según se puede apreciar en la Tabla N° 4, que distingue en días promedio de duración entre las salidas judiciales y no judiciales.

TABLA N° 4
Promedio de duración en días de casos
(Años 2006-2009)

Año	Salidas judiciales	Salidas no judiciales
2006	119	96
2007	138	92
2008	132	88
2009	126	72

Fuente: Elaboración Propia sobre la base de Boletín Estadístico 2009 del Ministerio Público

Se puede apreciar que el sistema produce una rebaja en el período en los plazos de duración de los casos terminados en salidas no judiciales. En las salidas judiciales, si bien hay un aumento en relación con el año 2006, la tendencia es a la baja respecto a los años anteriores. Con todo, debe tenerse presente que se trata de un indicador grueso ya que dentro de cada categoría se agrupan situaciones muy diversas como ya se ha mencionado.

En materia de derechos y garantías de los intervinientes, también se consolidan los avances experimentados en etapas anteriores. Por ejemplo, la tendencia hacia una racionalización del uso de la prisión preventiva se consolida. Las Estadísticas de Gendarmería al 31 de diciembre de 2008 dan cuenta que el 22,7% de la población penitenciaria estaba compuesto por presos sin condena. Al 31 de diciembre de 2009 esa cifra sube un

poco a un 23,81% de presos sin condena.^[40] Como se puede apreciar, cifras muy por debajo de las existentes al inicio de la reforma.

Estos resultados se explican por un esfuerzo importante de todas las instituciones del sector de innovar en su gestión al momento de planificar la puesta en marcha del sistema en la Región Metropolitana. Es así como en materia judicial es posible observar que se superan varios de los problemas detectados en la relación jueces y administradores, y en las fiscalías y defensorías se producen avances muy importantes en la forma de organizar y distribuir el trabajo, lo mismo ocurre con la defensoría y el mejoramiento del sistema de licitación. Me parece que en la Región Metropolitana se pudo poner en práctica el aprendizaje de los cuatro años anteriores.

En este contexto positivo, también se consolidan las demandas de segunda generación, particularmente en materia de la capacidad de respuesta del sistema frente a los problemas de seguridad ciudadana. La Región Metropolitana genera un escenario en donde se da mucha mayor visibilidad a los problemas de la delincuencia en los distintos medios de comunicación, lo que abre debates intensos sobre el tema y en donde se cuestiona públicamente por varios actores la eficacia del nuevo sistema. Es así como en un contexto de intenso debate público sobre la materia,^[41] en donde se caracterizaba al sistema con la imagen de una puerta giratoria^[42], se gestó un proyecto de ley como producto de un acuerdo político entre los diversos partidos conocido como el acuerdo de "Agenda Corta Antidelincuencia"^[43]. El proyecto fue presen-

^[40] Datos obtenidos en www.gendarmeria.cl (Visitada el 28 de enero de 2010).

^[41] Así, por ejemplo, durante el segundo semestre de 2005, el FICED (Oficina de Fiscalización del Delito) dio a conocer públicamente un informe en el que se criticaba el criterio judicial que se traducía en opinión de los autores en un uso bajo de la prisión preventiva en los delitos de tráfico de drogas. Véase FICED, *Estudio sobre las investigaciones de tráfico de drogas realizada en la zona Poniente de Santiago desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal*. Este documento fue originalmente publicado en www.emol.com. Una copia electrónica se encuentra en poder del autor.

^[42] Con una mirada crítica y resumiendo este debate puede verse Duce, Mauricio. "Mirando alrededor de la puerta giratoria". EN: *El Mostrador*, 10 de julio de 2006.

^[43] Véase Acuerdo Político Legislativo en Materia de Seguridad Ciudadana, de 26 de Noviembre de 2007, firmado por representantes de todos los sectores políticos (documento de 13 páginas en formato electrónico en poder del autor).

tado en definitiva por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados el 6 de julio de 2006.^[44] En sus fundamentos se destaca que: “Pese a todos los avances que nuestro país ha logrado en materia de modernización de su sistema de enjuiciamiento criminal, de la eficiente gestión del Ministerio Público en la persecución penal, la variada legislación aprobada por todos los sectores políticos representados en el Congreso Nacional y el reforzamiento humano y material de las policías, la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor.”

El proyecto propuso diversas modificaciones. Luego de un largo debate en ambas cámaras, finalmente se aprobó la Ley N° 20.253, que fue publicada en el Diario Oficial el día 14 de marzo de 2008. Esta ley introdujo modificaciones sustanciales a la regulación de la prisión preventiva como también algunas otras de importancia en materia de control de identidad (se redefinió la hipótesis de procedencia y se aclaró el vínculo entre control de identidad y detención por flagrancia) y detención por flagrancia (se aumentó la flagrancia a un tiempo de 12 horas desde la comisión del delito en algunas de las hipótesis reguladas en el artículo 129 del Código Procesal Penal).^[45] Probablemente la reforma más importante incluida en esta ley está constituida por el nuevo inciso cuarto de la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal. En esta nueva redacción se plantea lo que podría ser entendido como una presunción de peligro para configurar la necesidad de cautela de “peligro para la seguridad de la sociedad”, en varias hipótesis que se describen. Si bien el sentido de esta norma no es completamente preciso y podría ser comprendida de manera más flexible, es indudable que representó un intento bastante claro por reintroducir un régimen de inexcusabilidad como los que existieron hasta antes de las reformas de los años setenta y ochenta en Chile.^[46]

^[44] Véase Mensaje N° 188-354 de 7 de julio de 2006.

^[45] Un análisis completo de los cambios contenidos en esta ley pueden verse en PEDRABUENA, Guillermo. *Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia*, Legis, Santiago, 2008.

^[46] En un sentido similar acerca del alcance pretendido por el legislador y sus problemas véase SALAS, Jaime. “Criterios judiciales para la imposición de la prisión preventiva”. EN: *Problemas del proceso penal*, Librotecnia, Santiago, 2009, pp. 307-308.

El otro cambio fundamental que esta ley planteó estuvo en la modificación a la norma del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, que estableció, para un catálogo de delitos de cierta gravedad,^[47] que la apelación de la resolución del juez de garantía que niega lugar a la solicitud de prisión preventiva produce efecto suspensivo y en consecuencia el imputado debe permanecer privado de libertad hasta que la corte de apelaciones resuelva el recurso. Esta regla reinstaló una práctica tradicional del sistema inquisitivo, de acuerdo con la cual era la Corte de Apelaciones y no el juez de primera instancia quien resolvía la prisión preventiva, estimándose en general que estos tribunales superiores tienen criterios más duros y más vinculados con el sistema inquisitivo en el sentido de vincular el procesamiento de una persona a su privación de libertad. Se trató de una modificación que fue cuestionada constitucionalmente en varios casos ante el Tribunal Constitucional, que rechazó los requerimientos en sede de admisibilidad sin pronunciarse sobre el fondo de los mismos^[48]. Con todo, unos días después, el Tribunal Constitucional declaró admisible el requerimiento presentado por el Juez de Garantía Patricio Rondini (causa rol 1065-08). Este caso fue resuelto por este Colegiado en la sentencia dictada el día 18 de diciembre de 2008, por medio de la cual se rechazó el requerimiento de inconstitucionalidad, tanto por considerarse que no impugnaba una norma aplicable a un caso concreto sino que más bien se trataba de una impugnación en abstracto, como por entender que dicha norma no afectaba derechos fundamentales en caso de ser aplicada.^[49]

^[47] Se trata de los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación propia e impropia, parricidio, homicidio simple y calificado y robos con violencia e intimidación.

^[48] Se trata de varios requerimientos presentados por jueces de garantía que el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles por razones formales sin pronunciarse sobre el fondo del asunto (véase resoluciones del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2008, causa rol N° 1057-08 y 1060-08).

^[49] Véase Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2008, en causa rol N° 1065-2008. La sentencia cuenta con voto de minoría del magistrado Correa Sutil, quien estuvo por aprobar el requerimiento de inconstitucionalidad.

En su conjunto, los cambios al régimen de la prisión preventiva introducidos por la reforma de “agenda corta” han sido ácidamente criticados por la doctrina, donde se ha señalado que ellos producirían un “notorio cercenamiento a las garantías que rodeaban, inicialmente, al modelo procesal penal implementado en Chile a contar del año 2000”.^[50]

No obstante el contexto de presión al sistema por los problemas de seguridad pública, a diferencia de etapas anteriores, comienza a observarse un cambio de actitud en las autoridades de las distintas instituciones, particularmente del Ministerio Público, en términos de asumir tales demandas como un desafío para su institución, aun cuando ello no se traduce en un programa u orientación que cambie de manera significativa en la dirección del trabajo emprendido hasta el momento. En esta dirección, el cambio de mando de Fiscal Nacional en el año 2008 generó un giro en la materia ya que el Ministerio Público comenzó poco a poco a comprometerse en el tema.

2. DESAFÍOS FUTUROS

No obstante los avances que muestra el sistema en las diversas áreas que he mencionado, todavía existen varios aspectos pendientes en los que el sistema puede mejorar sus resultados y que constituyen desafíos importantes para el futuro. Estos desafíos se presentan en diversas áreas de trabajo y constituyen problemas con distintos niveles de relevancia para el sistema. Por ejemplo, en una mesa redonda efectuada a fines de 2006 se identificaban serios problemas en la ejecución de sanciones, el control medidas alternativas, en el trabajo de organismos auxiliares que comenzaban a dar signos de colapso y la coordinación del Ministerio Público con la policía, entre otros.^[51]

^[50] Véase CASTRO, *Introducción al derecho procesal chileno*, cit., p. 41.

^[51] Varios de estos desafíos fueron expuestos en una mesa redonda realizada en octubre de 2006 de la cual se realizó una publicación de las ponencias. Véase, *Seguridad ciudadana y reforma procesal penal*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Fundación Paz Ciudadana, Facultad de Derecho de la Universidad Católica y Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2007.

No creo posible abordar de manera sistemática el análisis de todas estas cuestiones. Con todo, quisiera avanzar en tres aspectos que me parecen claves de abordar para el trabajo futuro del sistema, ya que se trata de temas que tienen la posibilidad de generar cuestionamientos muy fuertes a la legitimidad del sistema en su conjunto. A continuación, explico brevemente cada uno de ellos.

2.1 EL ROL DE LAS METAS CUANTITATIVAS Y SUS RIESGOS

Uno de los elementos más característicos del sistema chileno en el contexto regional es que desde temprano las distintas instituciones –y el sistema en su conjunto– han manifestado una fuerte preocupación por la productividad del mismo, lo que ha llevado a fijar diversas metas e indicadores cuantitativos como parámetros básicos de medición de desempeño y control. El que se haya planteado la existencia de un conjunto de metas cuantitativas como logros de trabajo constituye en mi opinión una cuestión muy importante. Es decir, hoy día no parece posible administrar una institución pública con un poder y función tan importante como las que tienen los jueces, fiscales y defensores sin que existan metas e indicadores que deben tener un correlato cuantitativo específico y concreto. En Chile esto parece obvio, pero lo cierto es que en muchos países de la región aún se discute el hecho de que la justicia o todas las instituciones vinculadas a la justicia trabajan con bienes inmateriales que no pueden ser medidos en números y que, por lo tanto, no es posible diseñar indicadores o metas numéricas. En dicho contexto, hablar de números, resultados, indicadores de productividad, entre otros, es casi una herejía para una función como la administración de justicia.^[52]

A partir de lo expuesto, me parece que en nuestro país se ha avanzado mucho gracias a la existencia de metas e indicadores cuantitativos, los que han cumplido un rol de catalizador que ha permitido a las instituciones del sistema desarrollar los altos niveles de gestión que tiene hoy en día y que ya he destacado en forma precedente. Sin

^[52] En otro trabajo he identificado con más detalle este mismo problema tratándose específicamente del Ministerio Público. Véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2006, pp. 50-52.

embargo, obviamente las metas, y este es el punto que quiero enfatizar en este momento, tienen otra cara, lo que se podría llamar un efecto perverso. Es decir, cuando las metas cuantitativas se constituyen en el único o muy principal indicador de medición de resultados y de premio al trabajo de los actores del sistema, ello puede generar un conjunto de incentivos perversos para el logro de los objetivos finales del mismo.

Por ejemplo, desde el punto de vista de la persecución penal pública, estas metas pueden traducirse (y en alguna medida lo han hecho) en fuertes incentivos por investigar lo más fácil, y no necesariamente lo socialmente más relevante, fundamentalmente porque es más importante para el actor concreto lograr la meta de gestión que, en muchos casos, obtener una solución de calidad en los casos específicos. En otras palabras, la meta cuantitativa establece un fuerte incentivo para su logro sin que necesariamente su resultado refleje un trabajo de efectiva calidad. Esto debido a que normalmente estas metas se asocian un conjunto de beneficios al logro de las mismas (por ejemplo, bonos de productividad). La situación descrita ocurre cuando, por ejemplo, se busca terminar casos para cumplir con la meta institucional a pesar de que el término escogido para el caso específico sea el de peor calidad que podía entregar el sistema (por ejemplo, privilegiar una desestimación temprana como el archivo provisional por sobre una sentencia obtenida en un juicio oral).

Otro ejemplo que grafica lo anterior se da cuando se da un uso amplio de la negociación como forma puramente de descongestión del sistema. Si bien en principio el que los mecanismos de negociación previstos sean usados intensamente no es problemático *per se*, el punto es que este uso intenso se realiza en muchos casos en donde los fiscales negocian muy por debajo de sus posibilidades legales o con un ablandamiento extremo de su postura^[53] o cuando los defensores lo

^[53] Este tema ha sido desarrollado con una visión muy crítica por el investigador peruano Luis Pásara en un estudio realizado el año 2007 acerca del funcionamiento del Ministerio Público en nuestro país. Véase PÁSARA, Luis. "Claroscuros en la Reforma Procesal chilena: el papel del Ministerio Público". EN: *Crimen e inseguridad: políticas, temas y problemas en las Américas*, Catalonia/FLACSO, Santiago, 2009, pp. 299-338. Una versión electrónica del mismo puede encontrarse en Serie de Documentos Electrónico N° 4, Junio 2009, FLACSO-Chile,

hacen para reducir su carga de trabajo a pesar que se trata de un caso que podrían discutir con éxito en juicio. Como la negociación ofrece al fiscal y al defensor una oportunidad para llegar a una solución más fácil, ambos actores tendrán muchos incentivos para negociar. Primero, porque les permitirá llegar a una solución que lo premiará mejor en términos del cumplimiento de las metas. Segundo, porque implica un camino con mucho menos desgaste de recursos y de su propio tiempo.

Como se señaló con anterioridad, la situación descrita en principio no es necesariamente negativa, pero hoy se da en contextos de escaso control que pueden dar lugar a situaciones que no son socialmente óptimas. Por ejemplo, desde el punto de vista del trabajo de los fiscales, ocurre que en juicios simplificados y procedimientos abreviados a veces hay ablandamientos muy fuertes en términos del tipo penal que se imputa. Para poder llegar a los máximos de penas que exigen estos procedimientos especiales, los fiscales muchas veces buscan calificar jurídicamente el caso con un tipo penal que tiene asociada menor pena. Si bien, algunas veces esto tiene que ver con problemas probatorios que tiene el Ministerio Público, sabemos de casos en que delitos contra la propiedad como robos o hurtos terminan calificados como receptaciones por este motivo, lo que obviamente constituye un subóptimo de lo que debería hacerse. Lo que sucede es que si bien en muchas ocasiones esto constituía la mejor opción de persecución, en la mayoría de los casos no sabemos si realmente la decisión del fiscal concreto es adoptada efectivamente para potenciar o maximizar las posibilidades de la persecución penal o si ella surge presionada o incentivada por los estímulos que el sistema le entrega por solucionar rápido el caso. Continuando con el ejemplo de los fiscales, otras veces el ablandamiento en la postura negociadora viene con el tipo de penas que se oferta o el tipo de penas que se negocia. Muchas veces el

35 páginas, en http://issuu.com/flacso.chile/docs/de3_2009syc (última visita en el mes de septiembre de 2010). Finalmente, puede escucharse una entrevista realizada al autor de la investigación en el Podcast "CEJA y la Actualidad Judicial N° 10" de mayo de 2010 en <http://www.podcaster.cl/2010/06/ceja.y-la-actualidad-judicia-10> (última vez visitada en septiembre de 2010). Para los efectos de este trabajo citaré la versión publicada en versión electrónica por FLACSO-Chile por ser la de mayor acceso público. La sección que cito en este momento está en las páginas 14-19.

fiscal no hace un trabajo de recalificación jurídica, sino que se mueve dentro de los márgenes amplios de determinación de pena que deja nuestro sistema en varias categorías de delitos. Si a esto se suma el impacto que tiene la Ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad, termina produciéndose en muchos casos una solución muy ablandada en cuanto a la pena impuesta en comparación de lo que podría ser una expectativa objetiva si se analiza el tipo penal, y para qué decir respecto a la expectativa social que existe respecto estos temas. Casos que teóricamente podrían ser sancionados con una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo terminan siendo sancionados con una privación de libertad de menor duración y sustituida por una pena de cumplimiento en libertad como la remisión condicional o la libertad vigilada. Relacionado con esto, en otras ocasiones el ablandamiento del fiscal proviene de lo que se podría llamar como el “escamoteo de circunstancias agravantes”, es decir, casos en que se termina por favorecer al imputado en una negociación cuando eventualmente se estaría fuera de ella si es que se fuera más estricto en la aplicación de estas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El fiscal derechamente no muestra los antecedentes que podrían dar lugar a agravantes y por esa vía ofrece una pena más baja que la que se podría obtener legalmente en el caso. En la dirección contraria, algo similar ocurre cuando el fiscal se manifiesta muy abierto a reconocer la concurrencia de circunstancias atenuantes que serían discutibles en el caso.

La revisión de algunos datos generales del sistema tiende a ratificar que el problema expuesto tiene correlato con la realidad. Desde el 2006, que es donde comienza el funcionamiento real de la reforma, ya que es el primer año completo de aplicación con carácter nacional, se puede constatar una tendencia positiva, paulatina en el tiempo, en el aumento de los términos judiciales y disminución en forma paralela de los términos no judiciales según ya vimos en la Tabla N° 3. Sin embargo, se trata de una cifra muy gruesa, que dice muy poco, por lo que es necesario tener los porcentajes de términos según las principales causales de término excluyendo las sentencias definitivas y otras categorías como las incompetencias, colocando, por así decirlo, el núcleo central de las salidas judiciales y no judiciales. La Tabla N° 5 avanza en esta dirección.

TABLA N° 5

Porcentajes de casos terminados por el
Ministerio Público por principales causales de término,
sin incluir sentencias definitivas (Años 2006 a 2009)

	2006	2007	2008	2009
Archivo provisional	48,7%	46,4 %	45,6%	45,7 %
Oportunidad	11,0 %	11,5 %	11,3%	8,6 %
Facultad de no iniciar	10,6 %	8,4 %	8,7%	8,5 %
Acuerdo reparatorio	1,3 %	1,4 %	1,4%	1,4 %
Suspensión condicional	9,1 %	12,0 %	11,6%	12,3 %
Decisión no perseverar	1,9%	2,7 %	2,7%	2,9 %
Sobreseimientos	3,6 %	3,0 %	3,1%	3,5 %

*Fuente: Elaboración propia a partir de los Anuarios Estadísticos
del Ministerio Público*

También aquí pueden verse avances y tendencias interesantes como, por ejemplo, que ha habido un claro esfuerzo por reducir el uso del archivo provisional, manteniéndose hoy en día en una tasa cercana al 45%, menos de lo que había el año 2006. De la misma forma, una misma tendencia existe respecto al principio de oportunidad, que ha tenido una baja muy significativa, tal como ocurre también con la facultad de no iniciar investigación. Sin embargo, en la otra cara, puede verse que efectivamente las suspensiones condicionales se han incrementado en una tasa importante. Así, entre los años 2006 y 2009 hay un incremento de prácticamente un tercio, ya que se pasa de un 9,1% el año 2006 a un 12,3% el año 2009, es decir, un aumento de 3,2% superior al 33%. Esto tiende a ratificar que se está ampliando el margen de negociación entre fiscales y defensores. Por otra parte, las bajas apuntadas en el uso del principio de oportunidad y la facultad de no iniciar se compensan con el aumento en el tiempo de los casos en donde los fiscales utilizan la decisión de no perseverar y con los sobreseimientos, que se han mantenido estables en el período descrito.

A continuación, en la Tabla N° 6, veremos las cifras relativas al porcentaje de casos que concluye con sentencias definitivas.

TABLA N° 6
Porcentaje de casos terminados por sentencias definitivas
(2006-2009)

	2006	2007	2008	2009
Sentencia condenatoria	11,5 %	12,9 %	14,2 %	15,5 %
Sentencia absolutoria	0,2 %	0,3 %	0,3 %	0,3 %
Total sentencias	11,7 %	13,2 %	14,5 %	15,8 %

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Anuarios Estadísticos MP

Los datos reflejan lo que podría considerarse como una buena noticia como cifra general, la tendencia del sistema ha sido la de aumentar las sentencias en forma importante y paulatina. Esto es positivo ya que no importando el tipo de procedimiento en que ellas recaen se trata obviamente de las decisiones de mayor calidad que el sistema puede ofrecer. De esta manera, las sentencias han ido aumentando desde el 2006, alcanzando el 2009 un 15,8%. Estas buenas noticias deben matizarse cuando se analiza el cómo se compone el mundo de las sentencias. Allí es posible observar que hay una tendencia clara respecto a lo que ocupa mayor presencia son las sentencias que surgen de los juicios simplificados y los procedimientos monitorios. La Tabla N° 7 permite hacer un análisis de este tipo, ya que desagrega la información de las sentencias por tipo de procedimientos.

TABLA N° 7
Número y porcentajes de casos terminados por sentencia
y por tipo de procedimiento (2006-2009)

	2006	2007	2008	2009
Abreviado	19.331 (17,4%)	24.848 (16,9%)	34.255 (16,6%)	N/D
Simplificado (simples delitos y faltas)	43.410 (39,1%)	61.053 (41,5%)	79.353 (38,5%)	N/D
Monitorio	43.305 (39,0%)	54.931 (37,4%)	85.186 (41,4%)	N/D
Juicios orales	4.780 (4,3%)	6.086 (4,1%)	7.002 (3,4%)	7.608 (3,0%)
Totales	110.826 (100%)	146.918 (100%)	205.796 (100%)	253.459 (100%)

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Anuarios Estadísticos Ministerio Público

Como se puede observar, dentro del universo de las sentencias aquellas que han tendido a crecer con mayor intensidad, tanto en números absolutos como en términos porcentuales, son las sentencias dictadas en procedimientos monitorios. Dentro del mundo de las sentencias se trata de aquellas que constituyen las respuestas de menor calidad del sistema o en donde el valor agregado por el mismo es mucho más bajo, ya que no surgen como consecuencia de un proceso en que se haya dado una audiencia y, además, corresponden a las infracciones de menor entidad que conoce el sistema. Entonces, me parece que hay que tener mucho cuidado en la forma en que se presentan los datos y se hacen los análisis sobre los mismos. Así, hay veces en que el indicador grueso nos muestra una señal positiva (por ejemplo, en el aumento de sentencias), pero cuando se empieza a desagregar un poco los datos, es posible darse cuenta de que hay bastante más información que extraer de ellos. Por ejemplo, uno puede observar que las sentencias que emanan del juicio oral (las de mayor calidad y valor agregado en el sistema) han ido tendiendo a disminuir en el porcentaje de las sentencias, a pesar de que en números absolutos se ha mantenido una tendencia al alza. Luego, los juicios abreviados, que son otro espacio de negociación importante, representan un porcentaje muy significativo del total de sentencias.

En fin, me parece que estas cifras permitirían realizar bastantes análisis sobre el funcionamiento del sistema lo que me alejaría un poco de los objetivos acotados de este trabajo. También podría avanzar mostrando otras cifras con ejemplos similares, como el número de audiencias realizadas por jueces, de atenciones de defensores, de partes policiales tramitados, etc. Creo que lo que importa para los efectos de este es, a partir de estos datos que he tomado como un ejemplo, dar algunas ideas respecto al impacto de las metas cuantitativas en fijar una dinámica de trabajo del sistema.

La falta de evolución de metas e indicadores comienza a manifestarse en una creciente rutinización del trabajo del sistema. En efecto, en la medida que el sistema se ha masificado a todo el país y sus actores interactúan habitualmente utilizando procedimientos similares, se comienza a constatar una pérdida de calidad en el trabajo producto de la respuesta estandarizada frente a situaciones comunes. Todo ello con el riesgo a corto plazo de impactar en la calidad del

sistema. En esta dirección me parece que hay que realizar una revisión muy profunda de las metas e indicadores desarrollados por las distintas instituciones del sistema. Me parece que con el transcurso del tiempo las metas e indicadores establecidos por el sistema tienden a perder fuerza como instrumentos modeladores del comportamiento eficaz de los distintos actores.

Una primera cuestión problemática surge, como ya he sugerido, como consecuencia de un proceso que podría caracterizarse como el de "burocratización de metas e indicadores", fenómeno que en mi experiencia pasa en toda institución o actividad en la que se utilizan estas formas de medición e incentivo. Este proceso se produce por varios factores. Así, por ejemplo, tiende a ocurrir que con el paso del tiempo las metas se desvirtúen, se transforman o conviertan en un fin en sí mismo y no en medios para resolver problemas. Las personas son muy sensibles a los resultados que se les pide y siempre se corre el riesgo que el resultado importe más que el fin último perseguido al fijar ese resultado. De otra parte, también con el transcurso del tiempo los actores del sistema aprenden a cumplir las metas con el menor esfuerzo posible, maximizando su propio interés más que cumpliendo con las finalidades sustantivas asociadas a las mismas metas. Por otro lado, estas metas e indicadores producen rigidez en algunos ámbitos de trabajo del sistema. Por ejemplo, un actor que está motivado por solucionar el problema por una vía nueva o más creativa se ve presionado por el cumplimiento de la meta y por ello puede preferir sacrificar la calidad de su trabajo por cumplir con cierto resultado establecido en abstracto que en el caso concreto no resulta el mejor.

Me parece que fenómenos como los descritos se han dado en Chile con distintos niveles en las diversas instituciones que funcionan en el nuevo sistema procesal penal. Esto obliga a las instituciones a estar mucho más encima de este tema, es decir, es necesaria una permanente revisión y reestructuración de las metas e indicadores de forma de intentar que ellos no sean desvirtuados y establezcan incentivos y permitan medir cuestiones que son efectivamente valiosas para el sistema.

En la perspectiva señalada, creo que a esta altura del desarrollo de la reforma procesal penal chilena me parece que hay una necesidad imperiosa de incorporar metas e indicadores de gestión de carácter más

cualitativo que las que hoy existen. Los desafíos aquí son básicamente dos. En primer lugar, suponiendo que tenemos un acuerdo en cómo medir más cualitativamente el trabajo de los distintos actores (cuestión nada menor de lograr), esto impone la necesidad de desarrollar sistemas de medición y control de estos indicadores cualitativos que hoy en día el sistema en general no cuenta y que, eventualmente, puede no ser tan fáciles de desarrollar para las distintas instituciones. En segundo lugar, es necesario ver cuáles serían estas metas en concreto. Retomando el ejemplo de las salidas del sistema, la pregunta en esta área sería si mejorar el diseño en metas cualitativas solo pasa por exigir, por ejemplo, soluciones de "mayor calidad jurídica". Resolver esto es muy relevante ya que el sistema en Chile me parece está llegando a su tope en términos de la cantidad de casos que atiende y da respuesta con soluciones jurídicas que se identifican formalmente como calidad. Por lo mismo, identificar este cambio de lógica de las metas e indicadores con mayores exigencias desde esta perspectiva no me parece realista ni la dirección que debiera tomarse. No se puede pretender como sistema que los archivos provisionales lleguen a un 30% y las decisiones judiciales a un 70%. Esto no tiene ninguna posibilidad de ocurrir en Chile ni probablemente en ningún sistema de justicia criminal. Lo que se debe hacer en cambio es sincerar el funcionamiento del sistema mediante un sistema de *accountability* o rendición de cuentas más complejo.

Es necesario sincerar el sistema tanto respecto de sus posibilidades reales de eficacia como respecto de sus problemas estructurales. Me parece que la demanda pública hoy en día va por aumentar las soluciones de calidad y ello nos ha llevado a "inflar" las salidas judiciales, pero por otro lado ocurre que el sistema está más o menos al tope, lo cual no quiere decir que no sea posible mejorar el funcionamiento respecto a ciertas categorías de delitos concretas. En fin, lo que ocurre es que la respuesta de mostrar permanentemente solo los indicadores de salidas judiciales a esta altura se agotó, y debiéramos discutir ahora como le damos a este nivel de logros, que es muy importante, más calidad, aun cuando ello implique bajar un poco los índices de salidas judiciales. En la medida en que no se sincere esto, con todas las complejidades que ello trae, el sistema va a terminar pagando en términos de legitimidad, porque se estaría entrando a una competencia que la

vamos a perder, es decir, siempre vamos a tener este déficit a menos que como sistema no construyamos una plataforma de explicación y de debate sobre este tema, que es un área que hoy en día nos está haciendo perder legitimidad como sistema frente a la opinión pública.

Esto mismo ocurre con una buena parte de otros indicadores y metas que hoy día aparecen cumplidos con niveles de excelencia por los distintos actores, pero cuando se examinan más críticamente dejan dudas acerca de la conveniencia de mantener las prácticas que ellos mismos han instalado como deseables. El punto final es que tal como estos indicadores han sido elementos catalizadores de la buena gestión de la reforma, hoy podrían transformarse en el mejor sedante para quedarse dormido en los laureles sin enfrentar problemas de calidad pendientes.

2.2 EL PROBLEMA DEL TRATAMIENTO DE LA VÍCTIMA

Un problema que se ha presentado con especial fuerza en los últimos años y que constituye un desafío muy importante para la reforma tiene relación con el mejoramiento en la atención y protección de víctimas. Desde mediados de la década se ha comenzado a generar una visión bastante crítica acerca del trabajo del sistema y, en particular del Ministerio Público, con las víctimas, no obstante todos los avances que se han producido según he mencionado previamente.^[54] Tal vez el problema se ha manifestado públicamente con mucha claridad a partir del segundo semestre de 2007 en donde luego de un intenso debate público acerca del nivel real de protección que tenían las víctimas del nuevo sistema, los actores de la clase política firmaron un acuerdo (26 de noviembre) conocido como "Acuerdo de Seguridad Pública", en el cual se propusieron diversas medidas para atacar varios problemas, pero siendo uno de los principales la idea de establecer una institucionalidad destinada a proporcionar defensa penal gratuita a favor de las víctimas y mejorar su protección. Dicho

^[54] Un ejemplo de esto puede verse en un estudio realizado por LUNDQUIST Karen, que da un buen reflejo del estado de situación del tema al año 2006. Véase, LUNDQUIST, Karen. *Víctimas: problemas e insatisfacciones. Buenas prácticas e innovaciones*, Forja Serie de Investigación para la Acción, Santiago, 2006.

acuerdo político se tradujo en la presentación de un proyecto de ley orientado a la creación de una defensoría de víctimas.^[55]

En mi opinión, avanzar en la línea que originalmente se planteó en el acuerdo político es una mala idea que no resolverá los problemas de las víctimas y, por el contrario, corre el riesgo de generar expectativas falsas y una serie de distorsiones para el sistema en su conjunto. No parece que este trabajo sea la oportunidad de entrar en detalle sobre este punto.^[56] Con todo, sí me interesa destacar que este debate refleja una imagen instalada en la opinión pública negativa acerca del sistema. Por ejemplo, que en muchos casos las soluciones del sistema no incluyen elementos de reparación o ni siquiera se hacen cargo del interés más general de la víctima en la misma. En muchas otras ocasiones, el problema que se presenta es que la víctima está recibiendo muy poca retroalimentación del sistema en términos de lo que está pasando con la persecución penal, incluso respecto de aquellas que están dispuestas a colaborar. En general, esta imagen instalada da cuenta de que nadie en el sistema quiere hacerse cargo en serio de la víctima.

Cuando se analizan las pocas cifras que existen en la materia, se constata que esta idea de desinterés del sistema por la víctima no es una percepción “manejada” o “inflada” por los medios de comunicación social, sino que parece ser efectivamente una opinión extendida entre quienes han tenido contacto con el sistema. En esta dirección, la Tabla N° 8 presenta los resultados de la última Encuesta Nacional

^[55] Véase mensaje N° 76/356 de 31 de marzo de 2008, por el que se presenta un Proyecto de Ley para Crear un Fondo Nacional para la Representación de Víctimas de Delitos. Sobre el intenso debate en los medios puede verse un conjunto de opiniones editoriales publicadas. Entre ellas véase: *El Mercurio*, 5 de noviembre de 2007, p. A2; *El Mercurio*, 31 de marzo de 2008, p. A2; *El Mercurio*, 5 de junio de 2010, p. A2; y, *El Mercurio*, 28 de mayo de 2010, p. A2.

^[56] En algunos de los textos citados en la nota anterior he tenido oportunidad de explicar mi posición en el debate público. En todo caso me parece interesante mencionar que aun en el contexto donde el tema de la defensoría de víctimas ha estado muy presente en el debate público, cuando las personas son preguntadas acerca del tipo de servicio estatal que esperaría en caso de ser víctimas de un delito, menos de un tercio (31,2% en el año 2009 y 29,7% en el año 2008) responde que se le brinde un abogado para que la represente en juicio. Véase Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana (ENUSC) 2009, gráfico 23 (presentación power point del Instituto Nacional de Estadística en poder del autor en formato electrónico).

de Seguridad Ciudadana (ENUSC)^[57] en un primer ítem relativo al nivel de atención que reciben las víctimas por parte de los fiscales.

TABLA N° 8
Satisfacción Víctimas: Contacto Fiscal

Tras denunciar ¿Lo contactó un fiscal?	Si	No
Lesión	47,93 %	50,97 %
Robo en casa	37,09 %	61,82 %
Asalto con violencia	32,54 %	63,44 %
Robo de automóvil, camioneta, motocicleta	28,96 %	64,59 %
Robo de objeto dentro de vehículo o partes de él	27,72 %	69,69 %
Robo por sorpresa	25,11 %	69,81 %
Hurto	24,80 %	69,26 %

Fuente: ENUSC 2009

Como se puede observar, este cuadro refleja el nivel de contacto que han tenido las víctimas con el fiscal o con alguien de la fiscalía tratándose de siete categorías de delitos. Las cifras muestran que salvo el caso de lesiones, donde cerca de la mitad de las víctimas han sido contactadas, en general nos encontramos con porcentajes de contacto extremadamente bajo. Puede haber algunas razones o problemas estructurales que expliquen los bajos porcentajes de contacto, como por ejemplo casos en que las víctimas no son ubicables, pero en general los números son demasiado gruesos como para que la explicación sea simplemente problemas de la víctima y no que haya un problema de gestión importante del sistema. Lo mismo ocurre cuando se le pregunta a las víctimas sobre su satisfacción general respecto a la tramitación del caso. La Tabla N° 9 entrega datos sobre esta materia.

^[57] Mayores antecedentes sobre esta encuesta pueden revisarse en: http://www2.dsp.gov.cl/enusc_2009.html (última visita en septiembre de 2010).

TABLA N° 9
Satisfacción de víctimas en la tramitación de la causa

¿Lo satisfizo la forma en que se tramitó su causa?	Si	No
Robo en casa	11,88 %	85,01 %
Asalto con violencia	18,17 %	77,10 %
Robo de objeto dentro de vehículo o partes de él	22,15 %	74,91 %
Robo por sorpresa	27,65 %	69,74 %
Hurto	28,06 %	68,31 %
Lesión	32,43 %	60,37 %
Robo de automóvil, camioneta, motocicleta	45,26 %	48,25 %

Fuente: ENUSC 2009

En mi opinión, las cifras de esta tabla son aún más impactantes que la anterior. Los niveles de satisfacción son mínimos, probablemente el más alto, en el caso de los robo de automóvil, camioneta o motocicleta se explica por el alto nivel de recupero de estos bienes. En el resto de los casos, los porcentajes son extremadamente bajos, como en el delito de robo en casa (solo un 11% de satisfacción), siendo extremadamente sensible desde el punto de vista del estado en que queda la víctima y del impacto que luego esto tiene en la comunidad en general. De esta manera, estas cifras hablan bastante fuerte respecto a que tenemos un problema importante en esta materia, que hay que encarar con más fuerza.

Cuando se analizan las causas de insatisfacción, es posible encontrar que hay diversas razones^[58], entre las cuales hay que hacer distinciones claras para identificar el problema y la solución posible. Por una parte, hay problemas estructurales del sistema de justicia criminal para responder de acuerdo a lo que espera la víctima debido a que en muchos casos no se va a poder esclarecer el hecho, identificar

^[58] Así, por ejemplo, en la ENUSC, una de las razones principales de la insatisfacción de las víctimas es "porque no realizaron nada", la que constituye el primer motivo de insatisfacción en 6 de los 7 delitos (fluctuando entre un 16% y un 20% como motivo, salvo en el delito de lesiones en que aparece en tercer lugar con un 11,89%). Otro motivo de insatisfacción es "porque nunca supo qué es lo que paso en su caso", que aparece mencionado como un factor relevante en tres de los siete delitos (robo en casa, robo por sorpresa y hurto, mencionado con una frecuencia de entre 13% y 14%).

al autor o recuperar lo que fue robado. En esos casos no podemos establecer expectativas falsas de algo que se sabe, por experiencia internacional y comparada, ningún sistema de justicia criminal está en condiciones de responder. Por otro lado, también hay problemas importantes de gestión que sí pueden ser trabajados y resueltos. Por ejemplo, no es lo mismo que la víctima manifieste su insatisfacción porque no se realizó nada en su caso, a aquellas situaciones en que nunca se supo qué es lo que pasó en su caso. Luego, no es lo mismo que la insatisfacción sea por no recuperar la especie, lo cual puede ser un problema estructural, ya que sabemos que incluso en el sistema más eficiente del mundo, y aunque se gasten mucho más recursos, siempre va a haber un porcentaje mayoritario de casos de delitos en contra de la propiedad donde no se van a recuperar las especies, pero ello es muy distinto a que la víctima muestre su insatisfacción producto de que nunca la contactaron.

En este contexto, me parece necesario discutir acerca del método de trabajo que el sistema está utilizando con las víctimas. Se trata de un área en donde el propio sistema puede mostrar avances y resultados muy importantes en ciertas áreas, como por ejemplo en el caso de los delitos violencia intrafamiliar donde los resultados de satisfacción de víctimas son proporcionalmente inversos respecto a los datos que he revisado.^[59] Por tanto, puede decirse que el sistema está aprendiendo a desarrollar mejores métodos para trabajar con las víctimas. El propio Ministerio Público ha desarrollado metodologías sobre las cuales se podría construir una nueva aproximación al tema tratándose de las víctimas de delitos comunes. Esto nos lleva a que lo que en el fondo de las cifras revisadas no es que el sistema desconozca cómo aproximarse más efectivamente a la víctima, sino que se trata de un problema de priorización de recursos y objetivos. Así, por ejemplo, desde el punto

^[59] El Ministerio Público encargó a una empresa externa la realización de un estudio de evaluación de la satisfacción de víctimas en los proyectos pilotos que se habían implementado a la época para el tratamiento y atención de víctimas de violencia intrafamiliar. El índice de satisfacción total fue superior al 70%, en tanto que en temas como el contacto de los fiscales el índice fue cercano al 65%. Los detalles de este estudio pueden verse en: http://www.fiscaliadechile.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/Encuesta_Satisfaccion_VIF_2009.ppt (última visita en el mes de septiembre de 2010).

de vista de los recursos, al final del día la pregunta relevante es cuántos recursos se destinan al tratamiento de la víctima. Esto podría llevar a otras discusiones y preocupaciones, por ejemplo, acerca del manejo de la escasez de la hora/fiscal para atender a esta demanda que va un poco más allá de la persecución penal más tradicional. Con todo, si se considera que la atención y satisfacción de las víctimas es algo sensible a lo que el Ministerio Público debería tratar como importante, tal vez no se trata de un tema que se resuelve por contar con más hora/fiscal, sino que puede pasar por una definición de prioridades acerca del tiempo que se destina a distintas actividades.

2.3 LA NECESIDAD DE MEJORAR ASPECTOS DE LA PERSECUCIÓN PENAL

No quisiera concluir esta sección sin abordar un área en donde me parece el sistema presenta enormes desafíos como lo es el perfeccionamiento de ciertos aspectos de la persecución penal que hoy día me parece estamos en condiciones de encarar y que de alguna medida constituyen flancos de cuestionamiento de la legitimidad del sistema frente a la opinión pública. En alguna medida importante el propio Ministerio Público ha planteado un conjunto de ideas en la materia por medio del desarrollo de su Plan Estratégico 2009-2015,^[60] reconociendo de esta forma la importancia y lo sensible del tema. Mencionaré dos temas: (c.1) problemas en el método de persecución de delitos comunes y (c.2) el problema del tratamiento de los delincuentes reiterantes.

2.3.1. *El método de persecución de los delitos comunes*

La primera cuestión que vale la pena mencionar es el problema del método de persecución de los delitos comunes y que constituyen los ingresos más masivos del sistema. Hay que partir reconociendo en este punto que se ha producido un gran avance producto de la instalación como política general del Ministerio Público a partir de su nuevo plan estratégico de las denominadas Unidades de Tramitación de Causas Menos Complejas (TCMC).^[61] Ellas han permitido homogeneizar la

^[60] El detalle de este puede ser revisado en: http://www.fiscaliadechile.cl/repositorio/minpu/Archivos/minpu/documentos/Plan_Estrategico_2009_2015.pdf (última visita en septiembre de 2010)

^[61] Véase Ministerio Público, *Plan Estratégico 2009-2015*, p. 46.

persecución penal o saber cómo el Ministerio Público está enfrentando estos casos masivos que repletan al sistema. A pesar de lo anterior, creo que persisten algunos problemas importantes de método de trabajo tratándose de los delitos comunes. Mencionaré muy brevemente tres: el método investigativo de la orden de investigar, el uso de sistemas de información y la coordinación de fiscales con policías.

El primer problema se refiere al extensivo uso de la orden de investigar que los fiscales envían a la policía como método central para investigar e intentar esclarecer ciertos tipos de delitos. Un ejemplo de lo anterior está constituido por los casos en donde hay antecedentes pero no hay imputado conocido, es decir, donde hay algún material probatorio que eventualmente permitiría pensar una persecución penal con alguna posibilidad de éxito. Se trata de casos en que los antecedentes no son tan claves como para justificar una persecución inmediata e intensa ya que no hay imputado, por lo mismo serán casos que normalmente se asignarán a la sub unidades de archivo provisional de las TCMC. En ellas el método principal de trabajo utilizado para llevar adelante la investigación será la emisión de una orden de investigar a la policía. Esta orden termina siendo el paso para asegurarnos que no va a pasar nada en este caso ya que si había alguna posibilidad de esclarecerlo ella se desvanecerá durante el proceso de producir y tramitar la orden. Esto ocurre, básicamente, porque los policías no tienen capacidad para priorizarlas las diversas órdenes similares que reciben, menos si las mismas no vienen priorizadas por la propia fiscalía. De otra parte, se explica como consecuencia de los mismos trámites que supone la elaboración de la orden de investigar: su contenido es bastante genérico, por más sensibilizada que esté la planilla desarrollada por la subunidad respectiva; el tiempo que demora la fiscalía en emitirla, la policía en recibirla, distribuirla, responderla, etc. Todo ello indica que si existía alguna posibilidad de esclarecer el caso con alguna intervención temprana y focalizada ya no va a lograrse debido a que el sistema se tornó varios días, semanas o meses en dar curso a actividades investigativas que probablemente solo hacían sentido con una intervención relativamente rápida.

El problema es que la orden de investigar como método de trabajo se basa en un trámite muy burocrático, incluso ahora en el escenario que el sistema cuenta con un diseño institucional más sofisticado de

trabajo como son las TCMC. En consecuencia, no basta con tener la estructura de las TCMC sino que también hay que alterar los métodos de trabajo que ellas ocupan. Lo que ocurre es que hay que sofisticar la respuesta o reacciones de estas unidades. Frente a los casos que reciben, no todo tendría que derivar en una orden de investigar, o tal vez no sea una orden de investigar la mejor forma de contactar a la policía para algunos casos, o habrá que definir los cuerpos policiales que investigan, en fin, hay muchas formas de enfrentar esto, pero en general, me parece que la forma en que se enfrentan hoy en día, es un obstáculo para mejorar el funcionamiento del sistema. Debo aclarar que aun cuando logremos lo anterior, no creo que debiera esperarse un cambio muy significativo de las cifras de casos esclarecidos por el sistema. El cambio de método no debiera hacerse tanto por la posibilidad que los resultados cambien en forma radical (sí creo debieran mejorar en algún margen), sino porque estamos frente a un método de trabajo que genera mucho ruido y espacios importantes de deslegitimación del sistema frente a la opinión pública. Esto ocurre, por ejemplo, cuando hay víctimas muy activas que a pesar de que van acompañando antecedentes al Ministerio Público o a la policía, quedan atrapadas por este funcionamiento burocrático del sistema sin obtener respuesta alguna y con la sensación de que si hubieran sido objeto de mayor atención todo se podría haber aclarado. Ha ocurrido en varios casos que en situaciones de esta naturaleza las víctimas recurren a los medios comunicación, quienes con la información proporcionada logran esclarecer el caso con alto impacto mediático. Aun cuando esto ocurra en un caso de cada 100, cada vez que pasa esos casos adquieren una gran relevancia pública y la falta del sistema en su esclarecimiento termina produciendo un importante daño en legitimidad frente a la opinión pública.

Además de lo anterior, otro tema de método de trabajo tiene que ver con el problema de cómo están siendo utilizados los sistemas de información que dispone el Ministerio Público, por ejemplo, en el uso de estos sistemas en el desarrollo de estrategias de flagrancia inteligente, donde hay varias experiencias que se han implementado en Chile. El cómo utilizar los sistemas de información, no hablo de los sistemas de información externa si no la que dispone el propio Ministerio Público, es que ellos se utilizan mucho más como un sistema de registro

de casos que como un método de recopilación de información que permita desarrollar un trabajo más estratégico de persecución penal. Esto creo que es lo que ocurre con el Sistema de Apoyo de Fiscales (SAF) desarrollado en Chile. Dicho sistema representa un gran avance, un salto cualitativo respecto a lo que históricamente hemos tenido en Chile y en toda América Latina, pero que aún no es aprovechado en toda su potencialidad, ya que no solamente debiera utilizarse como un sistema de registro de las causas que se tramitan sino también como un sistema que nos permita construir una estrategia persecución penal, particularmente en los casos por delitos comunes que son los que estamos analizando en este trabajo.

Finalmente, respecto al método de trabajo, hay claros problemas de coordinación y de priorización de trabajo entre el Ministerio Público y las policías. En este punto, me parece hay problemas que derivan de errores de diseño del sistema. Tal vez porque no había mucho espacio político para haber hecho otro diseño se optó por un modelo complicado de distribución de responsabilidades entre los fiscales y la policía. Lo que se observa en el mundo comparado es que claramente los legisladores le han pasado a las policías una facultad de selección, y así el material con el cual trabajan los fiscales son, por así decirlo, los casos con los cuales pueden trabajar. Esto facilita enormemente el trabajo de investigación con un filtro temprano y con una capacidad mucho mayor para organizar adecuadamente el trabajo investigativo.

Nuestro legislador tomó otra opción, probablemente porque no era políticamente posible entregar esta posibilidad discrecional tan fuerte a la policía en un contexto en donde se veía por el contrario que el Ministerio Público podía cumplir un rol de controlador intenso del trabajo policial. De otra parte, entregarle una facultad de selección de casos a la policía suponía discutir cambios estructurales a dichas instituciones tanto respecto a configuración institucional como respecto a los sistemas de rendición de cuentas y de control necesarios. Se trata de cambios que probablemente eran imposibles de realizar ya que llevaban a redefinir buena parte del núcleo duro de cómo se ejerce el poder en el nivel policial. En ese contexto nos quedamos con un sistema en donde la responsabilidad por resultados es un tanto ambigua. La policía traspasa al Ministerio Público los casos y la responsabilidad de resolverlos y el Ministerio Público se las devuelve. Esto hace que

sumado al tratamiento burocrático de los casos (v. gr., órdenes de investigar amplias), la responsabilidad por el esclarecimiento de los casos se diluya o disuelva. Cada institución se lava las manos o le atribuye a la otra las causas de la ineficacia en ciertos tipos de casos.

2.3.2. El problema en el tratamiento de la habitualidad

Un segundo problema en relación a la persecución penal es lo que ha sido identificado en el estudio de Luis Pásara que he citado previamente y que denomina como problemas en el tratamiento de la habitualidad o el trabajo con los clientes más habituales del sistema.^[62] El dato empírico que el autor cita es del año 2007, e indica que el 5% del total de imputados que habían pasado por el sistema tenían 5 o más contactos con el mismo.^[63] En las carpetas que analiza en el 25% de los casos aparece ese tipo de imputados.^[64] Los datos ratifican una percepción común y que se refiere a que una clientela recurrente son las personas con contacto habitual con el sistema, las que explican un porcentaje mucho mayor a la proporción de personas que son de los delitos que se cometen. Se trata, por lo general, de imputados que suelen reiterar delitos comunes tales como hurtos y robos de distinta naturaleza.

El principal problema que se detecta en el estudio de Pásara a partir del examen de casos es lo que puede denominarse como un tratamiento ingenuo y burocrático de la habitualidad que, por así decirlo, termina beneficiando a los habituales con lo que se podría llamar circuitos de impunidad, es decir, casos en donde el sistema tarda mucho en reaccionar con una respuesta más dura. Por ejemplo, esto es lo que ocurre cuando estos clientes habituales pasan en un primer y segundo caso o contacto con el sistema por la aplicación de un principio de oportunidad o eventualmente por una suspensión condicional del procedimiento, después caen en el sistema una tercera y cuarta vez en las que podrían verse beneficiados con una negociación blanda, luego en un nuevo contacto se les condena con penas alternativas de la Ley 18.216, y así al sistema le cuesta cinco, seis o

[62] Véase PÁSARA, "Claroscuros en la Reforma Procesal chilena", cit., pp. 19 a 24.

[63] *Ibíd.*, p. 19.

[64] *Ibíd.*, p. 20.

siete contactos, por así decirlo, para atrapar a un "cliente habitual" con un perfil criminal que genera enormes problemas para el sistema, especialmente de legitimidad pública.

Se trata de un problema complejo que tiene diversas connotaciones que exceden el puro trabajo del fiscal. Por ejemplo, algunas causas del problema están vinculadas a cómo el legislador ha reconocido algunas figuras o ha establecido algunas penas en ciertos tipos de casos. Con todo, más allá de estas cuestiones, obviamente se trata de un problema en donde parece haber ciertos aspectos de la persecución penal que no estarían operando satisfactoriamente. Párrafo logra establecer que hay una carencia clara de una estrategia más homogénea y sofisticada para enfrentar este tipo de casos y esto le está causando costos de legitimidad pública al sistema. En sus conclusiones sobre el punto señala: "en el MP no parece haberse desarrollado una aproximación apropiada para tratar al delincuente habitual, no solo como un individuo sino como un sector poblacional que se relaciona con el delito como forma de vida. Aplicar a ese sector las varias respuestas del sistema en términos similares a los que se usan con quienes tienen una relación ocasional con el delito, o escalarlas progresivamente conociendo la inutilidad de esta vía, no parece adecuado, sobre todo de cara al hecho de que es el delincuente habitual un actor principal en el fenómeno de inseguridad ciudadana".^[65]

3. A MODO DE CIERRE

En esta síntesis bastante apretada, en algunos puntos incluso algo superficial, he dado cuenta de varios de los aspectos centrales de funcionamiento de nuestro nuevo sistema procesal penal en sus diez años de desarrollo. Me parece que a partir de ella se puede concluir que hay bastantes razones para estar muy satisfechos con el desarrollo y evolución del sistema en este periodo. Dichas razones se refuerzan cuando se observa este proceso de cambio en un contexto regional. A esta altura, tenemos un sistema que se ha instalado correctamente, cuyo funcionamiento supera los indicadores estimados como óptimos.

^[65] Ibídem, p. 24.

Cuando se hizo el diseño en un contexto de mayor carga de trabajo de la esperada, el sistema ha mostrado dinamismo para ir afrontando nuevos desafíos, etc.

Desde el punto de vista de la lógica de transformación cultural de los actores del sistema, que era uno de los desafíos importantes de esta reforma, me parece posible constatar que la profundidad de los cambios que se han generado son enormes y su nivel de consolidación hacen imposible pensar en un retroceso que nos acerque a la forma en que se realizaba la justicia criminal en nuestro país con anterioridad.

Me podría extender con otros argumentos que destaquen los logros de nuestro proceso de reforma que hacen que, en general, sea considerado como un caso de estudio exitoso en materia de políticas públicas en el sector justicia. Con todo, no solo he intentado dar cuenta de estos logros, sino también identificar algunas áreas en donde se presentan desafíos importantes para los próximos años. La naturaleza de este trabajo y la complejidad del sistema me impiden hacer un análisis que pretenda ser comprensivo de todos los aspectos problemáticos o en donde existan cuestiones pendientes en el trabajo del sistema. Espero que otros autores de este libro hayan identificado otras cuestiones que complementen a las contenidas en este capítulo.

La idea de mostrar estos elementos no ha sido la de empañar un momento de legítima celebración y satisfacción. Lo que pretendo es más bien recordar que el funcionamiento de los sistemas de justicia criminal es siempre muy complejo y problemático. Allí donde se obtiene un logro, surge otro nuevo problema o una nueva demanda social legítima que el sistema debe satisfacer. Esto hace que sea indispensable que los actores e instituciones del sistema estén siempre atentos y se mantengan con una actitud de disconformidad acerca de sus logros. Cuando los sistemas de justicia penal pierden su capacidad de reflexión crítica esto permite que en pocos años se conviertan en sistemas burocráticos que trabajan por debajo de sus posibilidades y de las expectativas sociales mínimas. La reforma chilena ha mostrado una enorme capacidad de innovación y evolución en estos diez años. Espero que los grandes logros que hemos obtenido no nos hagan "dormir en los laureles", sino más bien constituir un incentivo para insistir y profundizar en la necesidad de seguir perfeccionando al sistema.

EL PROCESO DE REFORMA LATINOAMERICANO Y SU IMPACTO EN LA SELECTIVIDAD

Gonzalo Segundo Rúa()*

(*) Juez Penal, Contravencional y de Faltas, Ciudad de Buenos Aires. Docente de posgrado en la Universidad de Buenos Aires en el área de litigación penal en juicio oral y capacitador en procesos de reforma procesal penal.

1. EL PROCESO DE REFORMA LATINOAMERICANO

Con el auge de las democracias en América Latina, más precisamente a fines de la década de los ochenta, se abrió en la región un proceso gradual y revolucionario^[1] de reformas a los procesos penales que tuvo en mira impulsar un sistema judicial para las nuevas democracias y que, a su vez, sirviera como plataforma para acompañar una política criminal racional que fortalezca los principios políticos de un Estado de derecho. Para ello se partió de la base de que el sistema inquisitivo

^[1] Hago referencia a un proceso revolucionario en el sentido de que los procesos de reforma llevados a cabo en los últimos años partieron de las mismas premisas y tuvieron como norte obtener un sistema que resulte más eficaz para captar hechos graves —los que jamás eran seleccionados por el sistema inquisitivo— y, a su vez, fomentar las garantías constitucionales que lejos estaban de ser respetadas. Esta transformación de los sistemas de justicia latinoamericanos resultó revolucionaria, por cuanto implicó un cambio profundo de las instituciones y de los sistemas procesales penales, sin precedentes en sus casi dos siglos de existencia. Este proceso de reformas al sistema procesal penal latinoamericano puede ser estudiado en forma integral, por cuanto ha implicado un traspaso de un modelo hacia otro de corte adversarial y, más allá de las diferencias que puedan existir entre el modelo adoptado por un país y otro, lo cierto es que se partió de la premisa de reelaborar la eficacia del sistema y de generar un escenario de afianzamiento de las garantías, poniendo en crisis el modelo anterior y, por ende, redefiniendo la selectividad del sistema. No hay duda de que se trató de un único modelo, por cuanto, tal como lo explica Langer, todos ellos fueron impulsados fuertemente por los mismos actores, que establecieron una red de abogados latinoamericanos que trabajaron en pos de tales objetivos (al respecto, ver LANGER, Máximo. *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*, Santiago de Chile, publicado por el CEJA, 2007, p. 3; puede ser consultado en www.cejamericas.org).

imperante,^[2] con sus características de secreto, escrito, rígido, formal y de oscura selectividad, debía ser reemplazado por un modelo que partiera básicamente de los presupuestos teóricos del sistema acusatorio, como forma de fortalecer el Estado de derecho en la región.^[3]

La transición a la democracia en los años ochenta de muchos de los países de la región, sumado a la preocupación por las crecientes tasas delictivas, la falta de eficacia de los sistemas, la corrupción y la falta de rendición de cuentas de la administración de justicia se combinaron para generar un ambiente propicio para las reformas procesales.^[4] Ese movimiento reformista, que lleva poco más de dos décadas de gestación,^[5] comenzó a delinearse allá por el año 1988

[2] Al hacer referencia al sistema inquisitivo, estoy haciendo alusión tanto al sistema inquisitivo clásico como al modelo denominado "mixto", que no es otra cosa que un sistema inquisitivo morigerado, aunque mantiene las mismas máximas —morigeradas— del sistema anterior. En síntesis, el sistema mixto no es otra cosa que un modelo que exhibe, no sin cierto orgullo, las máximas de la búsqueda de la verdad real y la aplicación de la ley sustantiva como fines del proceso, y sustenta como principios políticos, los de oficiosidad, legalidad procesal e irretractabilidad de la acción penal, dejando de ese modo a la víctima afuera del sistema, al no poder disponer de la acción, ni dando espacio para las salidas alternativas del proceso. Estos sistemas, que no representan otra cosa que la pervivencia del sistema inquisitivo, atemperado por el paso del tiempo y las exigencias políticas formuladas por la Revolución francesa, intentan ocultar su esencia a través de la denominación de "sistema inquisitivo reformado" (conf. MAJER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*, Tomo I-b, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pp. 112 y ss.), por lo que le asiste razón a BINDER Alberto, al afirmar que habría que hablar de un sistema inquisitivo *encubierto* antes que de un sistema inquisitivo *reformado* (conf. "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica". EN: *Política criminal de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, p. 126).

[3] Más allá de las particularidades de uno u otro código latinoamericano, básicamente todos ellos partieron de las mismas premisas. En ese sentido, para este trabajo bastará con definir al sistema acusatorio como aquel "que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público, y resuelta por el juez según su libre convicción" (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1998, p. 564).

[4] Conf. LANGER, *Revolución en el proceso penal latinoamericano*, cit., pp. 16/18.

[5] Hago referencia al movimiento que concibió un modelo de las características del finalmente impuesto, más allá de los antecedentes reformistas que existían en la región y que claramente encuentran basamento en la Escuela Procesal de la Provincia de Córdoba, Argentina.

con la aprobación, por parte del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal, del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica y con la indudable influencia que implicó, al año siguiente, la gestación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Este movimiento, que se nutrió del activismo y rol protagónico de grandes juristas argentinos —entre los que se destacaron Julio Maier (en una primera etapa) y Alberto Binder—, tuvo la misión de fortalecer el Estado de derecho desde el sistema judicial, acrecentando el auge de las garantías individuales y afianzando la eficacia del sistema por un lado, y bregando por la mayor publicidad y transparencia en la toma de decisiones, procurando así generar una reforma integral a los sistemas inquisitivos por entonces imperantes. La transformación al menos normativa comenzó con la aprobación del Código Procesal Penal de Guatemala (1992), y paulatinamente se extendió por la mayoría de los países de América Latina (El Salvador, Costa Rica, Chile, Bolivia, Perú, República Dominicana, Colombia y Ecuador, entre otros), no quedando casi país en la región que de alguna u otra manera no haya ingresado o experimentado, de algún modo, algún proceso de cambio.^[6]

Resultaría largo, tedioso y ajeno a los propósitos de este trabajo, sintetizar y extenderme en esta oportunidad sobre cuáles han sido las características tenidas en cuenta para el proceso penal latinoamericano, cuáles sus desafíos, sus logros y sus inconvenientes.^[7] Alcanzará pues con señalar someramente que se tuvo en mira generar un sistema penal adversarial, que estableciendo un Ministerio Público Fiscal —en las localidades que aún no existía por haberse disuelto, como es el ejemplo

^[6] En tal sentido, con la reciente vigencia del nuevo sistema adversarial en Panamá (2011), la República Oriental del Uruguay parece ser, hoy día, una de las pocas excepciones en la región.

^[7] No se trata de quitar relevancia a tales aspectos. Al contrario, tener una noción acabada de las marchas y contramarchas del proceso de reformas latinoamericana resulta fundamental no solo para entender que toda reforma es un proceso que no se cambia de la noche a la mañana, sino también para tener una mayor perspectiva de cada nuevo proceso reformista. Sobre tales aspectos hay infinidad de textos que sintetizan la experiencia acumulada, entre los que se destaca por su exhaustividad, BINDER, Alberto y OBANDO, Jorge. *De las repúblicas aéreas al Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.

de Chile^[8]– o fortaleciéndolo –en la mayoría de los países de la región, en la que su actuación resultaba ser meramente formal^[9]– se lo erigió como acusador y responsable de la persecución penal pública y actor protagónico de la política criminal estatal, estableciéndose sobre esta figura pluriobjetivos tendientes a solucionar los conflictos con formas alternativas a las salidas tradicionales, transformar la actual selectividad del sistema y a gestionar la conflictividad desde una visión estratégica –a través del principio de oportunidad–, generando así una verdadera transformación sobre la forma, duración y finalidad de la investigación penal preparatoria. Del mismo modo, con su reelaboración se buscó fortalecer la imparcialidad del Juez, afianzándose la etapa de Juicio como la central del proceso penal y fomentándose el contradictorio y la defensa en juicio. Asimismo, se pretendió afianzar no solo la oralidad del Juicio, a través de una investigación penal preparatoria desformalizada,^[10] sino que se determinó que toda decisión de relevancia durante la sustanciación de la investigación penal preparatoria sea adoptada en el contexto de una audiencia, a los efectos de fortalecer la contradicción –como corolario de la garantía de la defensa en juicio–, obtener una mejor calidad de información y –por consiguiente– una decisión de mayor calidad, la inmediatez de la evidencia y de las partes y la publicidad de las decisiones de cara a la comunidad.^[11] Es

[8] El Ministerio Público fue disuelto en el año 1927 por el decreto 426 por no considerarlos indispensables.

[9] Tal vez un caso testigo pueda ser el de Guatemala que, previo a la reforma de 1992, contaba con tan solo 24 fiscales para 9.000.000 de habitantes y su actuación era prácticamente desconocida en los organismos judiciales. Tal como se grafica en *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, se ha reportado por observadores de la época que cuando los fiscales aparecían en los tribunales, los jueces preguntaban en algunas ocasiones quiénes eran ellos y qué hacían allí” (elaborado principalmente por Duce, Mauricio y Riego, Cristian. CEJA, Santiago de Chile, 2005, p. 19. El texto puede ser consultado en www.cejamericas.org).

[10] A través de la desformalización de la investigación penal preparatoria no solo se logra un sistema más eficaz y expeditivo, sino que se evita que a través de la escriturización y el labrado de actas, estas se incorporen luego al Juicio, afectando la calidad sobre la oralidad.

[11] Este último aspecto –oralidad y sistema de audiencias en la investigación penal preparatoria– no se encontraba como un rasgo tan nítido en los primeros códigos reformados –por ejemplo Guatemala–, sino que su inclusión como aspecto medular tuvo su ingreso en modelos más recientes.

importante destacar estos aspectos neurálgicos, por cuanto es a través de la genealogía de este movimiento reformista que podemos interpretar cuáles han sido los fines tenidos en mira y cuáles los objetivos propuestos, a los efectos de erradicar las interpretaciones erróneas o prácticas equivocadas que tiendan a objetivos contrapuestos a aquellos que impulsaron esta transformación.

Es por eso que, haciendo un derrotero por los códigos o planes pilotos aprobados durante las últimas décadas en la región, resulta fácil advertir algunos de estos rasgos propios —más o menos desarrollados, según la época— que dan cuenta de la globalidad del movimiento reformista, como es el fortalecimiento del Ministerio Público Fiscal; la división de roles en el proceso penal entre aquel y el Juez, donde éste último ha quedado solamente para la función de resolver los contradictorios que se le presenten; el cambio de los fines del proceso penal, quedando la búsqueda de la verdad real como una garantía y no como un fin en sí mismo; la búsqueda de la solución alternativa de los conflictos penales, el establecimiento de una sala de audiencia como hábitat donde se adoptan las decisiones judiciales; y, por sobre todas las cuestiones, la aplicación de criterios de oportunidad para torcer el eje de la irracional selectividad del poder punitivo en América Latina. Precisamente fue ese cambio de paradigmas del proceso penal el que permitió que pueda ingresarse en el terreno de las soluciones alternativas al proceso, no como erróneamente se lo calificó como la “tercera vía del derecho penal”^[12], sino como la principal salida del proceso.

Sin embargo, a pesar de la adopción en América Latina de un modelo acusatorio o adversarial, aún es fácil advertir en el día a día rasgos propios del sistema inquisitivo, que todavía perviven en algunas decisiones trascendentales del proceso, producto del condimento cultural que implicó tantos años de sistemas inquisitivos. Jueces que interrogan bajo el disfraz de tratarse de preguntas aclaratorias, baja calidad de oralidad en el Juicio ante la reproducción en los legajos del viejo expediente propio del sistema inquisitivo, decisiones que cuestionan la legitimidad del principio de oportunidad, Jueces que controlan

[12] En esa línea, pueden verse la inmensa mayoría de los actuales doctrinarios de dogmática penal.

el ejercicio de la acción penal de parte del Ministerio Público, defensa de la formalidad del acta sobre el acto, una visión de trabajar para el trámite, para el expediente, en vez de procurar resultados, entre otros, son una cara visible del funcionamiento de los sistemas en el continente y, a su vez, claros síntomas de que aún nos encontramos en un período de transición^[13] que exhibe la falta de conocimiento sobre la genealogía del movimiento reformista, denotando que resta un largo camino por recorrer para el afianzamiento del nuevo modelo.^[14] Ya nos advertía Alberto Binder hace algunos años atrás que pretender generar un proceso de reforma exclusivamente centrado en una reforma normativa implicaba caer en lo que él denominó “fetichismo normativo”.^[15] Resulta absurdo sostener que se pueden borrar cientos de años de procesos inquisitivos de un plumazo con la sanción de un cuerpo normativo en un recinto cerrado y sin discusión comunitaria del modelo.^[16]

[13] Al decir de BINDER Alberto. “Si tuviéramos que describir el estado de la reforma de la justicia penal en América Latina, yo lo haría como el momento en el que las nuevas prácticas sugeridas por los nuevos textos normativos se hallan en franca pelea con las prácticas que hunden sus raíces en la tradición inquisitorial y que todavía no podemos realizar afirmaciones acerca de cómo concluirá este combate, hay tantas razones como para pensar que las viejas prácticas triunfarán como para sostener que pasará todo lo contrario” (“La fuerza de la oralidad”, material que puede ser consultado en la página web del CEJA antes citada).

[14] Sobre las reformas de las prácticas que implica el nuevo modelo, resulta muy ilustrativo el trabajo de JUÁREZ, Erick. *De la reforma normativa a la reforma de las prácticas*, Quetzaltenango, Guatemala, 2007.

[15] La idea de fetichismo normativo surge en forma clara en el texto “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República”, texto que puede ser consultado en la página web del CEJA antes citada.

[16] Tal como afirma BINDER Alberto. “No es posible olvidar que el sistema inquisitivo sobrevivió a la Revolución francesa pese a que, como dijo Foucault, esta fue también, en cierto modo, una revolución judicial. Sobrevivió el sistema inquisitivo a las críticas más agudas de pensadores de la talla de Jeremías Bentham o Montesquieu y, sobre todo, sobrevivió al gigantesco esfuerzo de la generación de la independencia, que tanto anhelaba esta como el establecimiento de formas republicanas de convivencia, entre las cuales, siempre tuvo lugar preferente la Administración de Justicia Penal” (“Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica”. EN: *Política criminal de la formulación a la praxis*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997 p. 126).

Las primeras experiencias de gestión del nuevo modelo son claras muestras del error incurrido en tal sentido. Las fallas en la implementación del primer Código Procesal Penal reformado en Guatemala hablan por sí solas, por cuanto a pesar de haber transcurrido cerca de quince años desde su aprobación, solo en algunas localidades el sistema ha obtenido un cambio relevante.^[17]

Pero, indudablemente, donde se observa una menor evolución del modelo latinoamericano pergeñado es precisamente en su núcleo central, esto es, en el afianzamiento de un sistema que, a través del principio de oportunidad, interpretado como un principio político fundamental del proceso penal, bregue por la búsqueda de soluciones alternativas al conflicto minimizando la intervención punitiva estatal y que, a través de aquel y de una adecuada estructura organizacional, pueda redefinir la selectividad del sistema, criminalizando hechos más complejos y de mayor gravedad, como los delitos de corrupción, delitos de mercado, organizaciones delictivas, etc. Al respecto, en América Latina se ven avances sobre las nuevas oficinas, los nuevos diseños institucionales, mas éstos no vienen a ser más que el esqueleto del nuevo modelo. Es un cambio que resulta necesario para sostener el nuevo modelo, mas se requiere de una persecución penal estratégica para torcer el eje

^[17] Tan es así que varios amigos juristas de Guatemala me han comentado que hubieran preferido que el primer código reformado en la región hubiera sido implementado en otro país, por las fallas que aún se perciben en su funcionamiento. Así, mientras que en la Ciudad de Guatemala se intenta oralizar la investigación penal preparatoria y eliminar la idea del expediente y sus formalidades (que lo único que han conseguido es generar un expediente que le permite al Juez de Juicio consultar, generando una afectación a la garantía de la imparcialidad y una baja calidad de oralidad) a través del proyecto de Juzgados de Garantías por 24 horas, con una adecuada implementación el modelo ha tenido un sensible éxito en las localidades de Quetzaltenango y está en proceso de implementación en otras localidades cercanas como Huehuetenango y San Marcos.

Del mismo modo, mientras que la Provincia de Buenos Aires, Argentina, ha reformado su código, adoptando un sistema acusatorio, ante las falencias de su implementación, se ha requerido la confección de pruebas piloto para poder generar un verdadero cambio. Así, en la experiencia de Mar del Plata, se obtuvo una sensible disminución en los tiempos de prisión preventiva, se obtuvo una mayor cantidad de salidas alternativas y una mejora en los principios de contradicción y defensa en juicio.

irracional de selectividad, para que termine de cristalizarse el modelo al que aspiramos.

Es quizás en el reducido alcance que se le ha dado al principio de oportunidad, como una mera excepción a la regla dada por el principio de legalidad procesal, el espacio en donde la cultura inquisitiva se mantiene con mayor presencia. Es sobre el principio de oportunidad, no por casualidad, donde se oponen los mayores reparos y se observan aún muchos detractores del nuevo modelo,^[18] como a su vez, aún se advierte la falta de desarrollo sobre algunos aspectos centrales que giran en torno a su alcance y aplicación. En síntesis, ya no se discute hoy día el modelo revolucionario afianzado en Latinoamérica. No se discute hoy la importancia del Ministerio Público Fiscal en el modelo, que dejó de ser considerado como la quinta rueda del carro. El Ministerio Público, en líneas generales, parece despertar del letargo y comienza a comprender su rol, intentando dejar atrás la "adolescencia"^[19] institucional y comenzando a diagramar una política criminal, aunque limitada más a una gestión eficiente de casos. Preocupado por mantener el flujo de casos y la carga de trabajo, se olvida de procurar un verdadero cambio respecto de qué hechos queremos que se investiguen y se sancionen. En ese sentido, el Ministerio Público sigue mendigando de la limosna que le entregan las fuerzas de seguridad, que generalmente se limita a la misma clase de hechos. Y no parece aún, en algunos casos, estar dispuesta al cambio y, en otros, desconoce cómo comenzar a recorrer ese camino.^[20] Tampoco está aún desarrollada la importancia que tiene

[18] Un claro ejemplo de ello se da en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en el cual recientemente la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas ha declarado la inconstitucionalidad de la mediación en el derecho penal, por entender que tal circunstancia debía ser regulada en el Código Penal y no en el ordenamiento de forma (conf. Sala I, "GONZÁLEZ, Pedro por art. 183 CP., del 29-5-09; Sala II, "DOMÍNGUEZ, Luis por art. 184 CP.", del 26-6-09; y Sala III, "BATISTA, Ramón por art. 149 bis CP", del 10-6-09).

[19] Julio Maier lo ha calificado de adolescente por cuanto a pesar de las responsabilidades y desafíos que se han colocado sobre esta institución, aún no parece estar preparada ni haber alcanzado la mayoría de edad. Al respecto, conf. MAIER, Julio. "El Ministerio Público, ¿un adolescente?". EN AA.VV., El Ministerio Público en el proceso penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 35 y s.

[20] La actividad de investigación autónoma de parte del Ministerio Público Fiscal parece ser aún una de las cuentas más débiles. Son pocas las experiencias

el principio de oportunidad en el nuevo diseño procesal penal para Latinoamérica, y cómo repercute a través de aquel en la selectividad del sistema, como así también ante quién debe rendir cuentas del trazado de su política criminal.

2. LEGALIDAD PROCESAL, OPORTUNIDAD Y SELECTIVIDAD^[21]

I. La historia de los procesos penales en América Latina ha sido —y aún sigue siendo, a pesar de los incuestionables avances que se han producido en los últimos años— la historia del absurdo, en el cual en base al principio de legalidad procesal, heredado de la Europa continental a estas tierras desde hace cerca de dos siglos como uno de los principios rectores del proceso penal, se pretendió sostener —no inocentemente— que el brazo de la ley llegaba a todos los hechos delictivos sin distinción, y que en virtud de tal principio, de (supuesto) molde igualitario,^[22] se erigía como una garantía para todos los individuos, por cuanto la ley resultaba aplicable a todos los supuestos, sea quien fuere el autor.

Fue precisamente por ese pretendido corte igualitario que sostenía el principio de legalidad procesal, el motivo por el cual el sistema procesal penal pergeñado por el Iluminismo adquirió no solo esa máxima de garantía, sino también adoptó la persecución penal pública —como forma necesaria de sustentar y reforzar la primer premisa^[23]—, evitando

exitosas de Policía Judicial o investigadores que logre generar investigaciones autónomas.

[21] El presente capítulo toma como referencia mi trabajo “El principio de oportunidad como principio político: una herramienta eficaz para torcer el eje de la absurda selectividad del sistema penal en América Latina”, publicado en el libro del *VII Congreso Panameño de Derecho Procesal*, elaborado por el Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Colombia, 2009, p. 491.

[22] Le asiste plena razón a BALESTENA Eduardo, cuando afirma que la idea de la ley como búsqueda de igualdad se encuentra idealizada, mitificada y más parece una construcción hacia el pasado y un modo de legitimar el sistema, las veces que la enarbola como un noble principio que le sirve para no actuar así en gran cantidad de otros casos (conf. *La fábrica penal*, Colección Memoria Criminológica, N° 3, Buenos Aires, B de F, 2006, p. 52).

[23] Resultaba absolutamente irrealizable sostener el principio de legalidad procesal y dejar esta responsabilidad en manos de la víctima, la que —en la mayor cantidad de veces— no tenía recursos suficientes como para emprender tamaña empresa.

de ese modo que “en un momento de profundas transformaciones sociales se pudiera poner en crisis la legitimidad del Estado para imponer el castigo”^[24], y fijando la averiguación de la verdad material como fin del proceso, creyendo que de ese modo operaba como garantía y se podía mantener al Juez en una posición neutral.^[25]

Claro que el final, por todos conocido, demostró que ese modelo vigente en casi la totalidad de América Latina –al menos hasta el comienzo de la década de los noventa– lejos estaba de cumplir tan acabado e irrealizable principio, por cuanto los Jueces de Instrucción, a cargo de la investigación, acostumbrados a no rendir cuentas de sus decisiones y a trabajar en la más oculta y absolutista función –como típico síntoma del modelo cultural inquisitivo reformado, por entonces imperante–, generaron un sistema plagado de la más oscura y absurda selectividad, ante la imposibilidad de abarcar el universo de conductas punibles que ingresaban a los tribunales. Esa selectividad lejos estuvo de ser inocente e incomprensible, aunque sí, reiteramos, absurda desde un plano de eficacia y funcionamiento.

Decíamos que no fue inocente, por cuanto para sostener el principio de legalidad procesal se partió necesariamente de un modelo autoritario que concibe a toda conducta encuadrable en un tipo penal y calificada

Y en tal sentido, el interés estatal no podía quedar en manos de una víctima particular con el consiguiente riesgo de la no realización del derecho. Fue precisamente a través de este postulado que la víctima no logró redimensionarse con el movimiento iluminista, manteniéndose en el más absoluto anonimato durante el proceso penal. Tuvieron que pasar cerca de cien años para que a la víctima volviera a dársele un trato preferencial en el proceso y se la permitiera reingresar en el proceso, no sin detractores.

[24] Conf. BOVINO, Alberto. “Contra la legalidad”. EN: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 78.

[25] Está claro que es desde una posición neutral, sin compromisos con el éxito de la investigación ni con la búsqueda de la verdad, el sitio preferencial para obtener una verdadera imparcialidad del Juez y generar un mejor espacio para la búsqueda de la verdad. Lo segundo por cuanto, al partir desde una hipótesis y no desde una posición neutral, se imposibilita el pleno contradictorio entre las partes (conf. RUA, Gonzalo. “El tratamiento del juicio oral. Hacia un sistema adversarial”. EN: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, N° 6/08, pp. 995 y ss.; en igual sentido, GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 178 y s.

como delito como un mero acto de desobediencia a la ley. De allí la potestad y el deber estatal en su persecución, adquiriendo una fuerza inusitada desde su simbolismo, en vez de adoptar un concepto de delito propio del sistema acusatorio que presupone la existencia de un conflicto entre partes,^[26] que debe tender a solucionarse. De ese modo, la víctima quedó excluida del sistema y desapropiada del conflicto por parte del Estado —que utilizó el concepto bien jurídico, como muleta para legitimar el desapoderamiento—, quien mantuvo la obligación de aplicar una pena a todo aquel que infringiera las leyes, generándose así un fuerte paralelismo entre delito y pecado. Este modelo autoritario de aplicación de poder no dejó espacio para un tratamiento diferenciado de los casos que ingresaban al sistema, ni resquicio alguno para sostener y sustentar modelos de mediación, reparación o cualquier otra forma que implique una solución alternativa al conflicto, puesto que, según esta postura, no hay conflicto en sí más allá de la desobediencia a la ley y el carácter asocial demostrado por el autor.

El resultado de este modelo basado en la persecución penal pública de todos los delitos fue la total y absoluta ineficacia para procesar casos que tuvieran algún tipo de complejidad, provocando la persecución de los hechos más sencillos y burdos, y creando a su vez una suerte de estereotipo criminal en la sociedad, que fue adoptado y desarrollado por el positivismo criminológico. Es por eso que le asiste razón a Alberto Binder cuando afirma que uno de los principales motivos por el que el sistema inquisitivo reformado entró en crisis, obedeció precisamente a la falta de eficiencia al no poder responder a todos los casos que se le presentaban, mostrándose como “absolutamente ineficaz en la lucha contra las formas más modernas de la criminalidad”.^[27] Resulta absolutamente absurdo pretender perseguir delitos complejos con el modelo pergeñado en el período pos Revolución francesa, cuyo primer formato data de más de doscientos años.

A pesar de los años transcurridos desde la génesis del principio de legalidad procesal y la ilegitimidad de su selectiva aplicación en un

^[26] En igual sentido, BOVINO, Alberto, “Contra la legalidad”, cit., p. 79 y s.

^[27] Conf. “Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina”. EN: Justicia penal y Estado de derecho, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 204.

Estado de derecho, por ser absolutamente irracional –aspecto éste no controvertido– y sin control ciudadano, para poder medir su ineficacia no es necesario ingresar a viejos libros de derecho procesal o a viejas estadísticas puesto que, lamentablemente, aún mantiene estados de la región como su hábitat, siendo la Justicia Federal Argentina uno de sus mayores reservorios.

Del mismo modo, se observa una inusual resistencia de la comunidad jurídica a la incorporación del principio de oportunidad o discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, debido a la colisión de tal principio con los fundamentos de una cultura judicial absolutista con componentes supuestamente sacros, animada por una ideología de lucha contra el mal, antes que por la concepción de una función social.^[28] Pero quizás lo más llamativo sean los argumentos utilizados para oponerse a la vigencia del principio de oportunidad. La supuesta afectación a la garantía de la igualdad con su utilización y la supuesta falta de concordancia de las teorías de la pena con las reglas aplicables en las salidas alternativas parecen ser sus mayores fundamentos. Extraña paradoja la de intentar mantener un principio a través de conceptos teóricos que han entrado en crisis y se encuentran en la más absoluta decadencia.

El principio de legalidad procesal, en definitiva, implica una limitación a toda racional reducción del poder punitivo –el no reconocimiento de salidas alternativas no es más que eso–, provocando una imagen negativa del sistema judicial –al que se lo observa como el principal responsable de la falta de respuestas–, transformándose así en causa directa de la hipertrofia del derecho penal como solución al sistema, sin advertir que no se trata de una lucha contra el mal, sino de buscar las causas y soluciones de la conflictividad social, para poder gestionar adecuadamente la misma a través de medidas preventivas, disuasivas, inclusivas y finalmente, solo finalmente, reactivas a través del poder punitivo.

^[28] Conf. BINDER, Alberto. “Legalidad y oportunidad”. EN: Libro Homenaje a Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 211.

Afianzado como pocos, y a pesar de la incuestionable imposibilidad de llevar adelante su propio postulado igualitario, aún se lo suele mantener como un principio de suma envergadura —llegando al absurdo de su defensa en algunos modelos acusatorios latinoamericanos—, y generando la lógica consecuencia de dejar al principio de oportunidad encorsetado y oculto tras de él, sin espacio para ensancharse y, de ese modo, generar una verdadera revolución de la selectividad penal. Así se pretende otorgarle al principio de oportunidad la función de excepción al principio de legalidad procesal.^[29] Es en esta falsa dicotomía “legalidad vs. oportunidad” que se le otorgó un papel secundario al segundo, limitándose a la regulación en un par de artículos relativos al régimen de la acción,^[30] en vez de dársele el alcance de principio político fundamental del proceso penal, cuyo horizonte de proyección no esté fijado como una mera excepción a una regla de tinte inquisitivo, restándole toda posibilidad real de brindar soluciones a los conflictos que se sumergen en el proceso penal.

Para poder afirmar que se trata de una falsa dicotomía entre legalidad procesal y oportunidad o, lo que es lo mismo, para darle una cabida mayor y una interpretación distinta al principio de oportunidad, que le permita ampliar su horizonte de proyección en el proceso penal al no partir desde su opuesto, habrá que comenzar su análisis desde la concepción de este último como un principio político vital en el proceso. Así, apoyándose en los principios constitucionales de *mínima intervención* y de *ultima ratio*, como principios organizadores

[29] En esta lógica —que, a nuestro juicio, limita las posibilidades de generar una adecuada política criminal desde el Ministerio Público Fiscal— parecen enrolarse: BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 25; CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 18; y MAIER. *Derecho procesal penal argentino*, cit., p. 558, entre otros.

[30] Afirma BINDER que el “principio de legalidad procesal, aunque ahora sometido a crítica, sigue siendo el punto de partida para la comprensión o la toma de postura acerca del conjunto de problemas que, de un modo más bien simplista, llamamos oportunidad o discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, aunque se trate de cuestiones diferentes. Es decir que, aun desde una visión crítica, se piensa al principio de oportunidad desde el principio de legalidad, lo cual parece obvio, pero no lo es ni desde el punto de vista lógico y menos aún desde una perspectiva político criminal...” (BINDER. “Legalidad y oportunidad”, cit., p. 211.)

de todo el proceso penal,^[31] y partiendo de la incontrastable realidad de que resulta imposible investigar todos los hechos denunciados, corresponde adoptar una política judicial de asignación de los escasos recursos con que se cuenta para generar un programa de gestión de la conflictividad y de persecución penal estratégica, que seleccione en forma clara cuáles son los casos que investigará, a cuáles les dará una salida alternativa y cuáles archivará.^[32]

II. El principio de legalidad procesal es y ha sido un principio político funcional a un sistema social imperante. Como decíamos, todavía encuentra adeptos que se resisten a abandonarlo a pesar de las severas críticas realizadas sobre el mismo y a pesar de no tener basamento constitucional alguno que lo legitime.^[33] Si bien no se discute la falta de contexto del principio de legalidad procesal con la realidad, en la que los oscuros criterios de selección son la clara muestra de que el citado principio siempre ha sido una ficción, de esas a las que los abogados usualmente les alcanza para tranquilizar su espíritu y evitar toda reflexión sobre su trabajo cotidiano, creo que

[31] En la citada obra, BINDER afirma que “el principio de última ratio se convierte en un principio rector de todas las actuaciones procesales, cuyo carácter es preeminentemente reductor de la violencia y cuya función es empujar el caso, en tanto sea posible –y esto nunca en una consideración abstracta o *ex ante*– hacia otras formas de solución con menor o nulo contenido de violencia (BINDER. “Legalidad y oportunidad”, cit., p. 212).

[32] Es llamativo que a pesar de que en doctrina casi no hay autores que no critiquen el principio de legalidad por ser una ficción, “un deber de cumplimiento imposible” (BOVINO. *Principios políticos del procedimiento penal*, cit., p. 16), sin vigencia en la realidad (CAFFERATA NORES. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, cit., p. 11), aún nos mantengamos aferrados a él.

[33] Compartimos la postura de BOVINO en el sentido de que afirmar que desde las constituciones se pueda sostener que cuando se afirma “afianzar la justicia”, se está estableciendo el principio de legalidad procesal resulta desacertado (conf. “Principios políticos”, cit., p. 15), por cuanto al tratarse de un deber de imposible cumplimiento, se termina por generar un sentido inverso. Esto es, si la pretensión de exhaustividad genera la ineficacia del sistema, el afianzar la justicia entonces nos derivaría –en sentido inverso– hacia un modelo de uso racional de los recursos de persecución penal y no hacia su modelo inverso (en sentido contrario, SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 200; y MARCHISIO, Adrián. *Principio de oportunidad*, Ministerio Público y política criminal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 169 y s.).

si hoy día preguntáramos a los operadores del sistema si seleccionan qué investigar y que no, nos sorprenderíamos de las respuestas obtenidas. Y esta situación es una muestra de las serias dificultades que tiene el Poder Judicial, como Poder del Estado, al reflexionar sobre la forma de ejercer su trabajo y su rol. Acostumbrado a ser un poder débil y que sus respuestas podrían dejarlo mal posicionado frente a la sociedad, opta por una respuesta burocrática de supervivencia, esto es, negar la realidad y realizar la actividad de la única manera posible, demostrando la falta de liderazgo institucional del organismo judicial.

Sin embargo, a pesar de que siempre ha sido un principio inviable, inaplicable y fuera de contexto con la realidad, hoy día todavía sigue vigente en varias partes de nuestra América Latina, y no de la forma más democrática y participativa. Así como antes se perseguía a las brujas, hoy las nuevas brujas del sistema penal son seleccionadas y perseguidas por el sistema penal, con la diferencia de que en vez de estar disfrazadas de brujas, se encuentran bajo el disfraz social de mendigos, pobres, ebrios, y toda clasificación que termine por ser considerada molesta o peligrosa para el sistema social imperante. Realmente es llamativa la cantidad de causas que año tras año se inician por meras contravenciones, y las pocas investigaciones que se encaminan por delitos complejos, de corrupción o económicos.

Pero la irracional selectividad del sistema hoy día es más palpable aún con la hiperinflación que vive el Derecho penal, al que se le ha echado mano como forma de contener la violencia social, sin advertir siquiera que amén de que el derecho penal no puede solucionar conflictos sociales, su utilización como forma violenta genera más violencia social e imposibilita la pacificación y la solución de los conflictos. Precisamente por eso fue que en los albores del derecho penal para un Estado de derecho, se partió desde el principio de "ultima ratio" como uno de los principios rectores del derecho penal. Como decíamos, con el crecimiento de la conflictividad social y la hiperinflación del derecho penal —que ha provocado que el principio de legalidad haya quedado perforado como un queso *gruyère*^[34]— la selectividad se ha hecho más

[34] Conf. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 14.

patente y el principio de legalidad ha quedado totalmente fuera de foco como pocas veces en la historia penal. Sobre esta selectividad del sistema, contraria a su postulado legalista y de exhaustividad en el ejercicio de la persecución penal, el Poder Judicial, al no alzar su voz, ha sido un partícipe necesario de su irrazonable aplicación.

III. En tal sentido, la realidad en Argentina como en la mayoría de los países latinoamericanos, en líneas generales, muestra que el sistema penal solo capta aquellas obras realizadas en forma más tosca y por personas de más bajos recursos, generando una población penitenciaria que responde al mismo estereotipo, el que termina por ser buscado por el personal policial y que se fija a través de los medios como el estereotipo de personas peligrosas o molestas para la sociedad. Sin embargo, cuando pretende ingresar al sistema casos más complejos, como podrían ser los delitos de lesa humanidad operados durante la dictadura militar, el sistema colapsa por todos sus flancos.

También es observable la dificultad que presenta el sistema para captar delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos. Para ser gráfico, cuando uno intenta realizar un estudio o investigación cualitativa sobre delitos cometidos por funcionarios públicos que respondan a las figuras penales que versan sobre casos de corrupción, se encuentra que no hay en Argentina, prácticamente, sentencias condenatorias al respecto, lo cual muestra una realidad muy distinta a la percepción y estudios realizados al respecto.^[35]

A pesar de que la República Argentina ha asumido el compromiso internacional de realizar todos los esfuerzos dirigidos a prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción^[36] al aprobar mediante la Ley 24.759^[37], la Convención Interamericana contra la Corrupción, que fuera elaborada en el marco de la Conferencia Especializada sobre

^[35] Del informe elaborado por Transparency Internacional, en el año 2008, la Argentina ocupaba el puesto 24 sobre 32 países en América Latina, en el Índice de Percepción de la Corrupción. Cabe aclarar que el primer puesto marca el país que tiene un menor índice de corrupción.

^[36] Conforme surge de la última parte del preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción.

^[37] Publicada en el boletín oficial el 17 de enero de 1997.

el Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción, realizada por la Organización de los Estados Americanos, demostrando de ese modo su ¿firme? Intención de hacer frente a todos los actos de corrupción, la realidad parece sintonizar otra frecuencia.

Frente a los compromisos estatales asumidos, motivados en una “profunda preocupación por un problema de indudable trascendencia político criminal, cual es la gravedad que reviste en la Argentina la delincuencia económica cometida por funcionarios públicos”,^[38] se contraponen la realidad social y jurídica, que se encuentra “caracterizada por una muy alta cifra negra y una escasísima cuota de esclarecimiento en los pocos casos concretos en que se emprende una investigación”^[39].

En un sistema que no registra mayores criterios de oportunidad ni una organización adecuada para la investigación de este tipo de delitos, los compromisos asumidos, sin otro aditamento, en nada influyen en la selección penalizante o criminalización^[40] que el Estado realiza sobre un grupo de personas que escoge para someterlas a su coacción. La criminalización primaria en nuestro actual marco legal, contrariado el carácter de “última ratio” que debe poseer el derecho penal, tiende a ser un programa inmenso que resulta imposible pretender abarcarlo en su totalidad, entrando a jugar sobre este criterio de orientación selectiva de la criminalización secundaria, que son manejados fundamentalmente por las agencias policiales.^[41]

Es por ello que, frente a la pequeña capacidad de captación de parte de las agencias de criminalización secundaria y frente a la inmensidad del programa encomendado, deben optar por la inactividad o la selección, siendo la elección por la segunda de las opciones por cuanto la primera acarrearía su desaparición.^[42]

[38] SANCINETTI, Marcelo. “Negociaciones incompatibles con funciones públicas”. EN: *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, p. 72.

[39] Loc. cit.

[40] Conf. ZAFFARONI / SLOKAR / ALAGIA. *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 6.

[41] ZAFFARONI / SLOKAR / ALAGIA. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 7.

[42] Loc. cit.

Y es ante la ausencia de directivas estatales precisas que tiendan a coadyuvar con el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, sumado a la falta de una política criminal adecuada a esos fines y la falta de criterios de oportunidad que permitan la descongestión del sistema, lo que provoca que opere –en los delitos contra la administración pública en general– “la impunidad como regla y la criminalización secundaria como excepción”^[43], la que solo abarca a aquellos casos más groseros, de más fácil investigación y que encuadran en el “estereotipo de delincuente que la propia sociedad crea en el imaginario colectivo”^[44], por ser los más vulnerables frente a la criminalización. Al decir de Zaffaroni, la selectividad estructural del sistema penal –que solo puede ejercer su poder represivo legal en un número casi despreciable de las hipótesis de intervención planificada– es la más elemental.^[45]

Precisamente por la falta de vulnerabilidad, los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones no son fácilmente captados por el sistema, a pesar de la altísima cifra negra que marca el alto índice de corrupción que opera en la Argentina,^[46] siendo que cuando son aprendidos por la criminalización secundaria el sistema “se desconcierta en los casos excepcionales en que selecciona a quien no encaja en ese marco (las agencias políticas y de comunicación lo presionan, los abogados formulan planteamientos que no sabe responder, en las prisiones debe asignarles alojamientos diferenciados, etc.)”.^[47]

^[43] Ibídem, p. 8.

^[44] Ibídem, p. 8.

^[45] Conf. ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 31.

^[46] Clara muestra de ello es el índice de percepción de corrupción elaborado en el año 2004 por Transparency International, que, sobre un total de ciento cuarenta y seis países, ubica a la Argentina en el puesto 108 con mayor nivel de corrupción. La información mencionada puede ser consultada en www.transparency.org.

^[47] ZAFFARONI / SLOKAR / ALAGIA. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 9. Claro ejemplo de la falta de vulnerabilidad en los delitos contra la administración pública se observa fácilmente aún en delitos de dudosa constitucionalidad, como es el de enriquecimiento ilícito en la descripción típica en el Código Penal argentino, en los que resulta más fácil probar el hecho delictivo, no se hayan obtenido resultados favorables. En tal sentido, SANCINETTI, Marcelo expresa que “la incorporación de este tipo penal –que ponía en peligro, de modo considerable, principios funda-

Y aun en los pocos casos captados por el sistema, la elevada dificultad probatoria^[48], sumada a las deficiencias legislativas conspiran contra su determinación.^[49]

Por ello, y a modo de síntesis, la escasez o ausencia de sentencias condenatorias en muchas de las figuras que tienen que ver con los delitos que vulneran la administración pública como bien jurídico tutelado es una clara muestra de la inoperancia de un sistema que mantenga el principio de legalidad procesal como uno de sus máximos postulados.

Contra este tipo de procesos penales, cuyo mote de “sistemas mixtos” pretendió esconder o camuflar sus fuertes rasgos inquisitivos que se diseminaron como un germen por todo el proceso, incluso hasta el momento del juicio oral, cuya oralidad y rasgos acusatorios fueron tan solo una parodia, el proceso revolucionario de reforma procesal penal en América Latina pretendió generar varios cambios que fortalecieran las garantías durante la investigación penal preparatoria y lo dotaran de una mayor eficacia y publicidad de sus decisiones.

mentales del Estado de Derecho— defraudó completamente las expectativas. No solo el ejercicio desviado de la función pública es hoy mucho mayor que en los años sesenta, y notoriamente más intensa la desconfianza de la sociedad hacia los funcionarios públicos sino que tampoco se registró ninguna condena por este delito” (conf. *El delito de enriquecimiento ilícito*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 18).

[48] SANCINETTI, ob. cit., p. 72.

[49] Pero esta falta de sentencias no es un mal propio de este siglo. Ya CARRARA, Francesco asentaba en su *Programa de Derecho Criminal* lo siguiente: “Un fenómeno extraño sorprende al espíritu del estudioso en materia de concusión, pues mientras en todas las jurisprudencias abundan innumerables casos prácticos de todo género de delitos, se encuentran poquísimos documentos acerca de la concusión propia. Explicar esto con la afirmación de que en Europa, en el curso de más de tres siglos todos los empleados superiores e inferiores se han abstenido constantemente del abuso de su poder...sería afirmar algo que no sé si se requiere más audacia para decirlo que ingenuidad para creerlo” (*Parte especial*, vol. 5, T.7, Temis, Bogotá, 1998, p. 128).

3. LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS REFORMAS PROCESALES Y LA SELECTIVIDAD

I. La forma y el modo en que se implementa una reforma procesal penal que tiende a instalar un sistema de corte adversarial es, en definitiva, una decisión política. Sostener que se trata de una decisión política no debe implicar una intromisión de poderes ni de colores partidarios, como se suele ver cuando se menciona la palabra política dentro del contexto del Poder Judicial. Al contrario, toda decisión emanada del Gobierno del Poder Judicial que impacta en el sistema de justicia –en este caso, el penal– reviste el carácter de una decisión política y así debe interpretarse. Se trata de una decisión política, básicamente porque responde a una decisión que opera sobre uno de los poderes del Estado. Esta decisión política, si es coherente con los fines propuestos al trazar la reforma (ver el primer capítulo de este trabajo), debe estar orientada a la mejor forma para canalizar los objetivos propuestos con la implementación del nuevo modelo, esto es, a obtener un sistema de justicia penal más eficaz, más respetuoso de las garantías constitucionales, con mayor transparencia y que permita que el proceso penal pueda procesar otro tipo de casos más complejos que las obras burdas, para torcer la inercia burocrática y selectiva del sistema penal en la región.

Así, la selección del mecanismo de implementación para que comience a operar la reforma procesal penal, ya sea por regiones o distritos judiciales, para determinados delitos, por instancias procesales o en forma parcial con algunos institutos novedosos del nuevo sistema judicial, debiera estar relacionada necesariamente con la determinación del mejor modelo para el cumplimiento de los objetivos recién trazados. Sin embargo, de esta afirmación no debe derivarse una falsa percepción de la realidad, creyendo que los cambios serán inmediatos.^[50]

^[50] Afirma BINDER que nadie “cambiará cinco siglos de sistemas inquisitoriales sin una gran batalla y una época de traumas. Lo contrario es mera ilusión o excusa conservadora. Sin embargo, una adecuada preparación del cambio, una firme concentración de fuerzas en los puntos neurálgicos y el sostenimiento del proyecto de transformación en el tiempo, mediante ajustes y una evaluación permanente, aparecen como herramientas imprescindibles para encarar el abandono del sistema inquisitivo” (conf. BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 24).

Sostener ello es propio de un burócrata con una mirada a corto plazo que pretende el cambio en forma instantánea sin el trazado de una decisión política debidamente meditada y adecuada. Pero no por ello la tarea de desplegar un proceso de implementación deja de ser ardua y requiere de una adecuada estrategia de ingreso y acompañamiento sostenido en el tiempo para encarar la tarea. No queremos minimizar las estrategias a seguir para tender al cumplimiento de los objetivos propuestos en la reforma y el cambio de paradigmas en el proceso penal.

Estos años de elaboración de nuevos sistemas penales y de implementación de los mismos nos han dejado un vasto caudal de experiencia en montar un sistema adversarial que nos exhibe las fortalezas e inconvenientes evidenciados en cada uno de ellos y que debe ser aprovechado. Para ello se han procurado diversas estrategias, algunas con más éxito que otras. Así, ha habido reformas que se implementaron en forma global en todo su territorio a la vez (como es el caso de las Provincias de La Pampa y Buenos Aires, ambas de Argentina, entre otras), otras que se establecieron por regiones o jurisdicciones, en etapas progresivas (como por ejemplo, Perú, Panamá, Chile y las provincias argentinas de Entre Ríos, Santiago del Estero y Salta, entre otras). En otras oportunidades, la reforma buscó la estrategia de ingresar en primer lugar a los casos de flagrancia, por ser un universo de casos de sencilla comprobación y de alto impacto (en líneas generales, los procesos iniciados con un hecho flagrante no requieren de mayor esfuerzo en la recolección de evidencias, ya que estas se encuentran desde el inicio del caso).^[51] Otros procesos de reforma comenzaron con la oralización de las audiencias de revisión de las decisiones judiciales por un tribunal de impugnación penal, como forma de generar un corte transversal de la reforma (por ejemplo, la justicia federal en Argentina).^[52]

[51] Tal es el caso de la Provincia de Buenos Aires que, frente a la falta de respuestas de la reforma procesal penal implementada en el año 1998, pasó a realizar una segunda reforma de las prácticas judiciales sobre los procesos de flagrancia, comenzando en la jurisdicción de Mar del Plata y luego pasando al resto de las jurisdicciones de la provincia. Del mismo modo, más recientemente, en el año 2011 se estableció en la provincia de Formosa, un plan de similares características.

[52] Tal ha sido el caso de la reforma operada en la justicia federal de Argentina, donde a pesar de continuar vigente un sistema inquisitivo morigerado, se estableció a

En líneas generales, el trazado de cada una de estas estrategias (global, progresiva, por instancias, etc.) ha tenido sus razones para comenzar la implementación de ese modo. En aquellos casos donde la jurisdicción no es conflictiva o no resulta ser extensa desde la faz territorial, se optó por una implementación total y única, mientras que en otras reformas, donde sí se presentaban alguno de estos dos elementos (amplitud territorial o conflictividad compleja) se optó por la implementación progresiva de la reforma (por delitos, instancias o distritos, siendo este último modelo el más difundido en la región), de modo tal de ir realizando los ajustes necesarios para el ingreso de la reforma en las jurisdicciones de mayor complejidad por su cantidad de casos y su complejidad. La experiencia de estos procesos de implementación ha mostrado también sus fortalezas y debilidades.

Las implementaciones por etapas o regiones han presentado una enorme fortaleza consistente en presentar los cambios de manera menos traumática, al comenzar el proceso de reforma en distritos judiciales pequeños o de baja conflictividad. De ese modo han logrado generar una imagen nítida y clara de los objetivos propuestos y buscados por las nuevas organizaciones judiciales, erigiéndose así el primer distrito como un centro de información de las dificultades que pudieran surgir en la implementación de jurisdicciones más amplias o conflictivas. En aquellas ocasiones en que la implementación ha sido desarrollada en forma responsable con un adecuado plan de implementación, el modelo progresivo de entrada en vigencia ha resultado sumamente satisfactorio y enriquecedor, como en los casos de Chile y la provincia de Santiago del Estero, en donde a medida que se concluía la primera etapa del proceso de implementación se realizaban evaluaciones periódicas que permitieran medir los aciertos y errores cometidos en la primer

través de la Ley 26.374) un sistema de oralidad en la etapa recursiva, a los efectos de obtener una mayor celeridad en el proceso y un genuino contradictorio en esa instancia (conf. SOLIMINE, Pablo y Pirozzo, Jorge. *Recursos y otros remedios para el control de las decisiones de jueces y fiscales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 269 y s.). También ha ocurrido lo propio en el sistema recursivo de la Provincia de Santiago del Estero que, previo a que en todas las jurisdicciones comenzara a operar la reforma, se estableció un sistema de audiencias en la fase recursiva, tendiente a oralizar esa instancia y a generar un contradictorio para la toma de decisiones, fortaleciendo así la publicidad de los actos del Poder Judicial.

jurisdicción, para tomar esa experiencia para los nuevos distritos más conflictivos que debían ingresar al nuevo sistema.^[53] Sin embargo, lo cierto es que en otras oportunidades, la implementación por regiones no ha tomado la dimensión ni la experiencia de las primeras puestas en marcha, haciendo caso omiso a las recomendaciones de cambio cuando estas fueron efectuadas. De ese modo, la implementación progresiva se vuelve rutinaria y burocrática, respondiendo más a criterios presupuestarios que a diseños pensados que van analizando el funcionamiento del sistema, y demorando en exceso la vigencia de la reforma para el resto del Estado.^[54]

La implementación centrada exclusivamente en casos de flagrancia o de revisión de decisiones judiciales ha presentado también sus aciertos y errores. Como punto favorable debe destacarse que en ambos casos se genera un corte transversal de la reforma, al operar en todas las jurisdicciones, ya sea a través de los casos de flagrancia, de revisión de decisiones judiciales, o de aplicación de determinados institutos para toda la región, evitando que la reforma se burocratice y la progresividad se vuelva lenta, rígida y esquemática, sin lugar para mediciones o evaluaciones.^[55] Sin embargo, tienen un inconveniente adicional que

[53] Un ejemplo claro de ello es el operado en la jurisdicción de Frías, en la provincia de Santiago del Estero, donde entró en vigencia el nuevo sistema procesal penal en el mes de diciembre de 2011. En aquella primera jurisdicción se optó por realizar una Oficina de Control de las Medidas Alternativas a la Prisión (OMA), dentro de la estructura del Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, la cantidad de casos ingresados allí, sumado a la mayor dimensión de las siguientes jurisdicciones (La Banda y Santiago), se optó en esta oportunidad por la creación de una oficina con mayor dimensión y estructura por fuerza de las partes (MPF y defensa), con el fin de evitar duplicidad de oficinas y que el control pueda ser efectuado en forma objetiva.

[54] Como ejemplo de estos inconvenientes podemos mencionar a la Provincia de Entre Ríos, Argentina, que pese a su pequeña dimensión y contar solo con cuatro jurisdicciones, han demorado más de tres años para la implementación total de la reforma en todo su territorio —la que aún no tiene fecha cierta— y a pesar de las sugerencias realizadas por el INECIP en el plan de monitoreo realizado a los seis meses de operada la reforma, no han modificado su organización en base a las recomendaciones propuestas. Lo mismo ocurre con el Perú, que ha requerido modificaciones al Calendario Oficial para la Aplicación Progresiva del nuevo sistema procesal penal.

[55] Debe quedar claro que la implementación progresiva de la reforma no persigue una finalidad económica o de orden financiero, en el sentido de ingresar de ma-

está centrado en que no logran generar una mayor incidencia en la política criminal que debe perseguir todo Ministerio Público, esto es, torcer la selectividad irracional del sistema y generar otro tipo de investigación y de respuestas en casos complejos.^[56] El ingreso parcial del código en todo el territorio como proceso de implementación, presenta la debilidad de no contar con una región o distrito judicial donde la reforma tenga plena vigencia y, por consiguiente, no permite mayores mediciones sobre el éxito o el fracaso de los fines propuestos con la reforma. Asimismo, la implementación para la instancia recursiva no logra torcer la ineficacia de un sistema escrito y ritual, por más que en la audiencia de revisión se genere un genuino contradictorio.

II. En lo que respecta a la reforma procesal penal en Perú, debe mencionarse que la demora en la efectiva implementación del nuevo Código Procesal Penal de corte adversarial en todo el país (que ya lleva más de seis años desde que en el año 2006 se comenzara a implementar en el distrito judicial de Huaura), la implementación del nuevo modelo de justicia exclusivamente para los delitos cometidos por funcionarios públicos, contenidos en la Ley 29.574^[57] –el 15 de septiembre de 2010

nera gradual para alivianar los costos de una reforma. La progresividad de su ingreso persigue un objetivo metodológico tendiente a determinar y reconocer aciertos y errores incurridos en la primera etapa para, con esa experiencia, poder optimizar y mejorar la implementación en las restantes jurisdicciones.

^[56] Este mecanismo de oralizar únicamente los procesos de flagrancia presenta el enorme riesgo de terminar siendo opuesto a varios de los principios tenidos en cuenta con la reforma latinoamericana, en el sentido de torcer la selectividad y permitir que el sistema penal pueda captar otro tipo de hechos más graves y conflictivos para la sociedad. Es que si no se genera otro tipo de organización y otros procesos de trabajo para el resto de los casos, el sistema judicial termina por consentir y legitimar la selectividad que despliegan las fuerzas de seguridad, sin espacio para captar otros hechos.

^[57] En la citada ley se estableció en su artículo 1 el adelantamiento de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal para los delitos tipificados en las Secciones II, III y IV, artículos del 382 al artículo 401 del Capítulo II del Título XVIII, del Libro II del Código Penal, todos ellos referidos a delitos cometidos por funcionarios públicos. Asimismo, estableció como disposición complementaria la responsabilidad de la organización en manos de los órganos de gobierno y administración del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Así, tanto el Ministerio Público Fiscal, como la Defensa Pública y el órgano jurisdiccional establecieron un subsistema para los delitos de corrupción. Por el lado de los fiscales, mediante Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 001-

y publicada en El Peruano del 17 de septiembre de 2010– y en la Ley 29648 –publicada en el peruano el 1 de enero de 2011–, que entraron en vigencia en el mes de enero del año 2011, genera no solo un corte transversal de la reforma, ingresando de ese modo en los distritos judiciales más complejos como son Lima, Lima Norte y Callao, sino que también impacta fuertemente en la selectividad del sistema, uno de los principales objetivos de los procesos de reforma latinoamericanos. En tal sentido, la implementación de una reforma que opere sobre delitos cometidos por funcionarios públicos resulta ser una estrategia que, de aplicarse adecuadamente, puede tener una alta incidencia en la transformación del sistema de justicia penal, y un método novedoso a tener en cuenta en futuras reformas.

Este tipo de implementación para delitos cometidos por funcionarios públicos tiene la enorme potencia de fortalecer, al inicio, tres de los principales objetivos tenidos en cuenta al implementar este modelo de reforma procesal penal latinoamericano, ya que fortalece la publicidad de las decisiones judiciales, la eficacia del sistema al torcer la selectividad y acrecienta las garantías de los imputados.

En primer lugar, fortalece la eficacia del sistema por cuanto la reforma y el nuevo modelo de investigación otorga un tratamiento prioritario a hechos muy sensibles para la comunidad y de gran impacto, como son los cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones que, históricamente, no han tenido mayor difusión ni éxito en la investigación. De ese modo, al torcerse la selectividad del sistema permite generar un camino en pos de obtener una mayor confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia y en las instituciones. Tal como asentamos en el segundo apartado de este trabajo,

2011, del 12 de enero de 2011, se creó la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Distrito Judicial de Lima, compuesta por 1 fiscal Superior Coordinador, 2 Fiscales Superiores Adjuntos, más un equipo de 13 Fiscales Provinciales y 24 Fiscales Adjuntos Provinciales. Asimismo, mediante Resolución Administrativa N° 390-2010 se creó el subsistema especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios, compuesto de 1 Sala Penal de Apelaciones integrada por 3 Jueces Superiores, 2 Juzgados de Investigación Preparatoria y 3 Juzgados Unipersonales. Por último, la Defensa Pública también organizó un equipo de defensores para este tipo de casos.

el principio de legalidad procesal ha servido para que los sistemas de justicia se ocuparan de los hechos más burdos, no presentando herramientas técnicas para procesar hechos más graves como son los delitos de corrupción. Con este nuevo sistema, se traza un cambio de rumbo en las reformas procesales penales, al establecerse el sistema de audiencias para los delitos más graves.

Básicamente ha habido dos formas o estrategias bien claras para fomentar investigaciones complejas. La primera estuvo centrada en el armado de unidades especiales para procesar delitos de flagrancia. Esta estrategia estuvo concentrada en procesar con menor costo humano, económico y temporal los hechos más sencillos, para que el MPF pudiera reorganizarse para la investigación de los hechos más complejos. Esta estrategia, en líneas generales, no ha tenido un impacto inmediato, ya que durante un primer estadio, se procede a la organización de unidades de respuestas rápidas que procesan los hechos sencillos y flagrantes y recién, en una segunda etapa, se procura la organización de unidades especializadas en delitos complejos. La otra estrategia ha operado en sentido inverso, esto es, comenzar por la implementación de unidades especiales en el tratamiento de delitos complejos, como es la experiencia montada en el Perú para delitos cometidos por funcionarios públicos.

En segundo lugar, esta estrategia de implementación de delitos cometidos por funcionarios públicos fortalece la publicidad de las decisiones judiciales en hechos tan sensibles para la comunidad. El sistema de audiencias durante la investigación penal preparatoria tiene la enorme virtud de fortalecer no solo el contradictorio entre las partes y la imparcialidad del tribunal, sino antes bien, la publicidad de las decisiones judiciales como valor republicano. Sin embargo, no podemos desconocer que a pesar de la importancia del valor político de la sala de audiencias,^[58] como el lugar donde se toman las decisiones judiciales y que los habitantes pueden controlar al sistema de justicia,

[58] Al decir de BINDER, "la audiencia oral e, incluso, el espacio físico de la sala de audiencias cumplen un papel simbólico directamente vinculado con las funciones de gobierno..." (BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, cit., p. 234).

no hemos logrado aún —en líneas generales— que las salas de audiencias estén colmadas de ciudadanos. Es más, me animaría a decir que ni siquiera se consigue, en la mayoría de los casos, que alguien que no esté vinculado al tribunal o a las partes, se presente a presenciar las audiencias. Muchos son los motivos de ello: mala capacitación de los operadores del sistema de justicia penal que no logran hablar en un lenguaje llano, déficit de credibilidad del sistema de justicia, cuartos intermedios ordenados sin sentido, malos diseños de las salas de audiencias que quedan escondidas en kafkianos laberintos judiciales, son algunas de las causales que alejan a la ciudadanía de la sala de audiencias. También es cierto que la mayoría de los hechos por los cuales se celebran audiencias en la instancia preliminar, como consecuencia de la selectividad del sistema, siguen siendo obras toscas poco sensibles para la sociedad y de baja repercusión mediática. Así, la implementación de un sistema de audiencias adversarial para delitos cometidos por funcionarios públicos presenta un enorme efecto en la publicidad del sistema, puesto que se suele tratar de casos de repercusión social e interés ciudadano que puede capitalizarse con el acercamiento de la comunidad a la sala de audiencias.

Por último, este proceso de implementación, como toda reforma hacia sistemas adversariales, tiene una enorme influencia en el afianzamiento de las garantías constitucionales del proceso penal, ya que a través de una audiencia las partes pueden presentar sus evidencias y discutir sobre las mismas (contradictorio y defensa en juicio), generando información de calidad que permitirá al juez tomar decisiones de mayor calidad frente a las partes.

III. Ahora bien, para que la publicidad, eficacia (cambio de selectividad) y garantías del sistema se vean realmente robustecidas en este proceso de implementación sobre delitos cometidos por funcionarios públicos, será preciso el diseño y trazado de políticas públicas claras y adecuadas para esos fines.

Para fortalecer la publicidad de las decisiones judiciales será necesario trabajar básicamente en cuatro planos. En primer lugar, realizar un trazado de una política comunicacional adecuada que permita notificar a la comunidad sobre la celebración de las audiencias con la debida anticipación, permitiendo el ingreso de la mayor cantidad

de personas posibles y, eventualmente, estableciendo un mecanismo para que, si las salas están llenas, pueda observarse en una sala contigua, a través de un sistema de video, la realización de la audiencia. Para ello, es necesario repensar los medios comunicacionales clásicos, apartándonos de lo que es una mera cartelera en el edificio judicial, que –en el mejor de los casos– solo será observado por los propios operadores del sistema de justicia. A modo de ejemplo, en localidades pequeñas, se ha trabajado con radios locales para que comuniquen a la población la realización de las audiencias del tribunal. Sobre este aspecto hay muchas experiencias comparadas que van más allá de la idea de carteleras, estableciéndose páginas web para el listado de las audiencias y folletería que da cuenta de las posibilidades de presenciar las audiencias.^[59] En segundo lugar, es preciso trabajar sobre el aspecto arquitectónico de las salas de audiencias, ubicándolas en los lugares más próximos al ingreso al público y con un formato que permita el ingreso de la mayor cantidad de personas posibles. Es claro que la transformación de un despacho personal de un juez en una sala de audiencias es una pésima estrategia que afecta la publicidad buscada.^[60] En tercer lugar, es necesario capacitar continuamente a los operadores del sistema de justicia para poder litigar y resolver en una audiencia preliminar en un lenguaje llano para que pueda ser comprendido tanto los fundamentos como la decisión misma. Los abogados solemos tener un lenguaje técnico muy sofisticado producto de siglos de sistemas escritos, sacros y plagados de ritos, y expresiones inentendibles para un lego en derecho. Es preciso que la capacitación aborde el plano del lenguaje y la forma de presentar las evidencias y los casos para que la audiencia pública pueda ser comprendida por cualquiera. El cuarto

[59] La cultura inquisitiva también opera sobre este plano. Los cinco siglos de procesos rituales, escritos y secretos coartan con la publicidad de las audiencias. En líneas generales, la comunidad no tiene conocimiento de su derecho a presenciar una audiencia, por lo que una política comunicacional adecuada debe atacar este impedimento cultural de base.

[60] También ha habido un sinnúmero de malas experiencias en la región sobre el diseño de salas de audiencias. Por citar un ejemplo, la sala de audiencias en la jurisdicción de Concordia, Provincia de Entre Ríos, Argentina, ha sido ubicada en un despacho privado, ubicado en la parte más alejada de la entrada al Tribunal de Garantías, por lo que el ingreso a dicha sala resulta imposible ante la ausencia de una cartelería adecuada.

plano está centrado con la información que debe acercar el Director de la Oficina de Gestión de Audiencias del Tribunal a la comunidad. Es preciso el labrado de estadísticas oficiales que den cuenta, en forma periódica y pronta —por ejemplo trimestralmente—, la cantidad de audiencias realizadas, las respuestas dadas, los tiempos demandados y el estado de los casos.

Para fortalecer la eficacia del sistema es preciso trabajar en la organización de las oficinas del Ministerio Público Fiscal, Judicial y de la defensa. Todo proceso de implementación requiere de acuerdos interinstitucionales para el adecuado tratamiento de los casos, de modo que, cuando se fije una audiencia, estén todos presentes con las evidencias que quieren presentar en la audiencia. Del lado del Ministerio Público Fiscal es preciso el armado de una unidad de investigación y litigación en delitos cometidos por funcionarios públicos que cuente con un equipo multidisciplinario adecuado para poder medir el impacto económico de los delitos de corrupción y poder contar con la evidencia respaldatoria del perjuicio ocasionado a la administración pública. Por otro lado, para que el Ministerio Público Fiscal pueda tener una efectiva incidencia en la investigación de delitos de corrupción de funcionarios públicos, es preciso también que tenga aceitados mecanismos de investigación propios. Una de las principales causas por las que el MPF en América Latina no ha generado investigaciones complejas autónomas, radica en que no ha contado con cuerpos de investigación propios que puedan intervenir autónomamente la investigación de hechos graves, como forma de torcer la selectividad a la que hiciéramos referencia en el ítem II de este trabajo. Es por ello que no solo debe confeccionarse el armado de un equipo de fiscales para litigar estos casos, sino que es necesario profundizar los cambios en el armado de equipos de investigación autónomos.^[61]

La reciente modificación de asignación de competencia jurisdiccional para el juzgamiento de hechos que encuadran en delitos contra la administración pública, siempre que reúnan las características de

^[61] Tal es el caso del Ministerio Público Fiscal de la provincia de Salta, que creó dentro de su órbita el Centro de Investigaciones Fiscales, que cuenta con un gabinete de criminalística y un cuerpo de investigadores fiscales.

tratarse de hechos que generen “repercusión social” y el proceso sea “complejo”, en cuyo caso la asignación será a la Sala Penal Nacional,^[62] no implica necesariamente un avance en la adecuación de las organizaciones judiciales en pos de los objetivos de la reforma procesal penal latinoamericana. Y decimos que no necesariamente implica un avance organizativo, por cuanto, tal como venimos sosteniendo, la implementación progresiva de reformas requiere de una medición y evaluación del funcionamiento para, en base a ello, tomar decisiones de política judicial organizativa.^[63] Sin una medición externa, toda decisión de transformación organizativa, cuanto menos, es adoptada en forma ciega y sin lugar para una evaluación comparativa posterior. Pero fuera de ello, se vislumbran a futuro posibles inconvenientes en la nueva organización judicial que el sistema penal debiera tener presente. En primer lugar, la asignación de nuevas competencias para la Sala Penal

^[62] Conf. Resolución Administrativa N° 136-2012-CE-PJ, del 9 de julio de 2012, publicada en el Peruano del 13 de julio de 2012. A través del artículo 6 de dicha resolución se amplió la competencia de la Sala Penal Nacional a los hechos siguientes: “Delitos contra la administración pública, siempre y cuando generen repercusión nacional y el proceso sea complejo, referido a: a) Colusión agravada (art. 384 2do. párrafo del Código Penal) y peculado doloso (art. 387 2do. y 3er. párrafo del Código Penal); b) cohecho pasivo propio (art. 393 del Código Penal), soborno internacional pasivo (art. 393 A del Código Penal) y cohecho pasivo impropio (art. 394 2do. párrafo del Código Penal); c) Cohecho pasivo específico (art. 395 del Código Penal), cohecho activo internacional (art. 397 A del Código Penal) y cohecho activo específico (art. 398, 1ro. y 3er. párrafo del Código Penal); y d) Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (art. 399 del Código Penal), tráfico de influencias (art. 400 del Código Penal) y enriquecimiento ilícito (art. 401 del Código Penal).

Asimismo, en su artículo 8 define por delito de repercusión social a “aquel que, atendiendo a las características de la acción o de sus efectos, e independientemente del lugar en que se hubiera cometido, genera un daño o puesta en peligro determinante a los bienes jurídicos de especial importancia objeto de tutela penal o a los recursos y bienes del Estado, que en ambos casos, comprometen el interés de la colectividad en su conjunto o superen el ámbito de un distrito judicial o causen alarma social”. Luego define al proceso complejo del siguiente modo: “Compréndase por proceso complejo al conjunto de supuestos definidos en el apartado tercer del artículo 342 del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957).”

^[63] Desconozco si existe (cuanto menos, no pude obtener esa información) una evaluación externa del funcionamiento del sistema, donde conste la cantidad de casos que ingresaron al sistema anticorrupción, el resultado obtenido, cantidad de audiencias, duración de estas, inconvenientes evidenciados, etc.

Nacional, con la entidad y conflictividad que representan los casos de corrupción de funcionarios públicos y el resto de las competencias previamente asignadas, sin una ampliación en el colegio de jueces, puede presentar una demora en el tratamiento adecuado de estos casos.^[64] En segundo lugar, teniendo en cuenta que el sistema tramita por el sistema oral y que la competencia de la Sala Penal Nacional es para todo el territorio de Perú, no queda claro cómo será el tratamiento de los hechos cometidos fuera de la ciudad de Lima en audiencias preliminares, cuando la gravedad de aquellos determine la competencia de ese Tribunal.^[65] Y en tercer lugar, la asignación de competencia a la Sala Penal Nacional puede generar conflictos negativos de competencia con el actual sistema anticorrupción, ya que la determinación de si el caso presenta “repercusión social y complejo” resulta ser un término difícil de precisar en el caso en concreto. Precisamente por este motivo, entre otros, es que las más modernas organizaciones judiciales tienden a unificar la competencia de los jueces, trazando un armado colegiado de jueces de competencia única y múltiple.

Por último, para fortalecer las garantías es preciso trabajar en dos dimensiones, una de claro corte de capacitación y otra de organización de trabajo. Es preciso no solo que las partes estén capacitadas en litigación en audiencias preliminares, sobre la forma en que deben presentar las evidencias, sino que también se requiere que las partes se manejen con legajos desformalizados que no puedan ser exhibidos al juez previo a la audiencia para fortalecer su imparcialidad y evitar que aquel pueda recibir información por fuera de la audiencia.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

Con este trabajo no pretendemos agotar todos los conceptos, inquietudes, interrogantes y desafíos que surgen sobre la puesta en

^[64] En cuya competencia se encuentran delitos de terrorismo, de lesa humanidad, lavado de activos, delitos cometidos por organizaciones delictivas referidos a trata de personas, pornografía infantil, tráfico de personas, etc., determinados delitos perpetrados contra periodistas y delitos cometidos por convulsión social, entre otros (conf. Resolución Administrativa N° 136-2012-CE-PJ).

^[65] El tratamiento del caso fuera del lugar de comisión puede atentar contra la publicidad de las decisiones y el control republicano local sobre los actos de gobierno.

marcha del sistema adversarial para delitos cometidos por funcionarios públicos. No tenemos el estudio de campo necesario para ello. Sí es nuestra idea clarificar los lineamientos tenidos en cuenta por el proceso de reforma latinoamericano e intentar trazar el puente existente entre la transformación de la selectividad del sistema penal y las políticas públicas de implementación de un modelo adversarial. Sin duda que la puesta en marcha de un sistema adversarial para delitos de corrupción es un gran avance para generar un sistema de justicia penal eficaz, garantista e igualitario. El Ministerio Público Fiscal tiene el deber de escribir las letras de una política criminal más racional que ataque la criminalidad de los delitos más graves que se cometen en la sociedad, debiendo coordinar sus esfuerzos con las fuerzas de seguridad, apoyándose en la sociedad civil para diseñar esta nueva política estatal.

Sin embargo, no debemos olvidar que la implementación de un proceso adversarial requiere del mantenimiento de una política adecuada en el tiempo, que permite controlar y evaluar los resultados obtenidos, para así poder generar los cambios oportunos necesarios para el cumplimiento de los objetivos tenidos en cuenta con el proceso de reforma latinoamericano. Nuestra experiencia nos ha demostrado que, sin un acompañamiento en la implementación, las viejas prácticas inquisitivas toman nuevos bríos y formas que es necesario desterrar. Los sistemas progresivos de implementación requieren, como aspecto fundamental, la constante evaluación periódica sobre el cumplimiento o no de los objetivos propuestos para determinar qué cambios implementar en el resto de las jurisdicciones y de qué modo continuar aquella. El proceso de implementación de delitos complejos requiere un mayor acompañamiento por las dificultades que pueden observarse o manifestarse en la producción probatoria o en el tratamiento en audiencia de aspectos técnicos y complejos. La forma en que continúe la implementación de este modelo, el acompañamiento político sobre esta implementación y, principalmente, el compromiso de los operadores del sistema de justicia penal a través de su labor cotidiana y de la evaluación de los objetivos trazados, será quien tenga la respuesta sobre el éxito o no de este modelo de implementación.

**REFORMA AL PROCEDIMIENTO PENAL
ACUSATORIO COLOMBIANO:
CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN DE PRIVACIÓN
PREVENTIVA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA**

Wilson Alejandro Martínez Sánchez^()*

(*) Abogado por la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, Colombia. Doctor (PhD) en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra, España; Investigador Visitante e Invitado a diversos Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal de Alemania.

El día 28 de junio de 2007 fue sancionada la Ley 1142^[1], por medio de la cual se reforman el Código Penal y los dos Códigos de Procedimiento Penal vigentes (Leyes 906 de 2004^[2] y 600 de 2000^[3]), en orden a adoptar “medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. La Ley 1142 fue consecuencia de una iniciativa conjunta del Gobierno Nacional –a través de su Ministerio de Interior y de Justicia– y de la Fiscalía General de la Nación quienes sometieron al Congreso de la República un proyecto^[4] enderezado a dotar al Estado de mejores herramientas para la lucha contra la delincuencia. La iniciativa que dio origen a la Ley 1142 estuvo precedida, según sus promotores, de un diagnóstico del estado de las herramientas con que entonces disponía la Fiscalía General de la Nación, para cumplir la función de persecución penal que le fue constitucionalmente atribuida. De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley, con la expedición de la Ley 906 de 2004 –por medio de la cual se implementó en Colombia un nuevo sistema de procesamiento criminal con tendencia acusatoria– la administración de justicia se habría fortalecido significativamente. Sin embargo, la experiencia adquirida luego de tres años de funcionamiento de ese sistema de procesamiento en la capital,

^[1] Diario Oficial N° 46.673, de 28 de julio de 2007.

^[2] Diario Oficial N° 45.658, de 1 de septiembre de 2004.

^[3] Diario Oficial N° 44.097, de 24 de julio de 2000.

^[4] Durante su proceso legislativo, la Ley 1142 fue tramitada en el Senado de la República como el Proyecto de Ley N° 81 de 2006, y en la Cámara de Representantes como el Proyecto de Ley N° 23 de 2006. Estos proyectos fueron publicados en la Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

Bogotá, habría permitido identificar algunos vacíos e imprecisiones normativas que era imprescindible corregir, a efectos de que la Fiscalía General de la Nación pudiera afrontar en mejores condiciones el reto de combatir las formas de delincuencia que provocan especial impacto en la comunidad.

La reforma introducida por la Ley 1142 afectó el régimen penal colombiano en tan diversos aspectos, que su completo estudio excedería en mucho los alcances de este trabajo. No obstante, en lo que hace al régimen de privación preventiva de la libertad, que es el centro de nuestra preocupación, es claro que la Ley 1142 produjo una expansión del ámbito de aplicación de ese tipo de medidas de aseguramiento, con una correlativa reducción de los espacio de aplicabilidad del principio de libertad en el proceso penal. Según parece, el principal mecanismo al cual recurrieron los promotores de la reforma para lograr el aumento de la eficacia en la persecución penal, fue el incremento de los supuestos en los que la detención preventiva puede imponerse.

A pesar de que la simple lectura de la Ley 1142 permite observar una gran cantidad de reformas que tienen como consecuencia la expansión de la detención preventiva, sus promotores declararon insistentemente su intención de mantener el equilibrio entre garantismo y eficientismo penal, que había sido la inspiración de las anteriores reformas procesales. Al menos en la exposición de motivos, los autores de la iniciativa subrayaron que su cometido era incrementar la eficacia de la administración de justicia respecto de algunos delitos, sin que con ello se redujeran o resquebrajaran las garantías procesales vigentes para los ciudadanos. Hasta qué punto las garantías procesales existentes fueron mantenidas, y en qué medida se logró ese objetivo de mantener un equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y el respeto a las libertades fundamentales, es precisamente el tema del que pretendo ocuparme a continuación:

1. AJUSTE A LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Uno de los aspectos más relevantes de la Ley 1142 en relación con el régimen de privación preventiva de la libertad tiene que ver con la manera en que el legislador respondió a ciertas modificaciones

que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia había introducido, a propósito de las condiciones objetivas para la imposición de este tipo de medidas.

En una sentencia del 20 de octubre de 2005^[5], la Sala de Casación Penal sostuvo que existía una contradicción entre el numeral 2° del artículo 313 de la Ley 906 y el artículo 315 Ibídem, la cual consistía en que mientras el numeral 2° del artículo 313 disponía que la detención preventiva procedía cuando el delito tuviera una pena mínima que fuera o excediera de cuatro años, en su versión original el artículo 315 disponía que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad procedían cuando el delito tuviera una pena mínima que “no excediera” de cuatro años. En esa oportunidad sostuvo la Corte que “el límite de 4 años o 48 meses, se encuentra evidentemente inmerso en dos disposiciones, lo que genera un contra sentido”. En criterio de esa corporación:

“un meridiano entendimiento lógico lleva a concluir que 4 años está incluido cuando el legislador dice que por ese monto o uno superior procede la detención preventiva (sea o exceda) y, al mismo tiempo, cuando dice que la medida de aseguramiento no privativa de la libertad procede para delitos que su pena mínima no exceda de 4 años, pues si exceder es propasarse, superar, pasar de algo, ir más allá, no exceder es lo contrario, no propasarse, no superar o no pasar de 4 años. Para concretar, exceder es sencillamente 4 años y 1 día y no exceder es 4 años”.

La Sala de Casación Penal resolvió en esta sentencia la contradicción apelando al principio de libertad previsto en el artículo 295 de la Ley 906^[6], conforme al cuál es obligatorio sostener que entre dos posibles interpretaciones debe prevalecer aquella que tenga como

^[5] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 24152. Sentencia del 20 de octubre de 2005. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

^[6] ARTÍCULO 295. *afirmación de la libertad*. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales

consecuencia la salvaguarda de la libertad individual, por encima de aquella que implique una restricción de este derecho fundamental. A la luz de esta interpretación concluyó la Corte que:

“en la interrelación de los artículo 313-2 y 315 de la Ley 906 de 2004, cuando ambas disposiciones coinciden en el límite punitivo de 4 años, debe entenderse que prevalece lo normado en la segunda de las disposiciones, como quiera que comporta una menor limitación y restricción que la primera a un derecho fundamental, pues permite que se imponga medida de aseguramiento no privativa de la libertad a una pena cuyo mínimo es de 4 años.

En estas condiciones, contrario sensu, en esta labor de interpretación, es posible concluir que la detención preventiva, en el evento del artículo 313-2, solo procede, entonces, para cuando el delito tiene una pena mínima que excede de 4 años de prisión”

La posición fijada por el máximo tribunal de la jurisdicción penal, en el sentido que la detención preventiva solo era procedente cuando el delito tenía una pena superior a cuatro años, constituyó, en opinión del Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación, un régimen de aplicación de las medidas de aseguramiento distinto del pretendido con la reforma procesal del año 2004. En la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 1142, el Fiscal General de la Nación y el Ministro de Interior y de Justicia sostuvieron que “la política criminal evidenciada por el legislador ha sido la de adjudicar detención preventiva a los delitos cuya pena mínima sea o exceda de cuatro (4) años”^[7]. En este sentido, la decisión de la Corte no permitía realizar cabalmente la política criminal del Estado, habida cuenta que con ese criterio era imposible someter a detención preventiva a las personas procesadas por delitos cuya pena mínima fuera de 4 años, los cuales son considerados como delitos gravemente lesivos o peligrosos para la comunidad.

^[7] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

Para responder a esta interpretación de la Corte, los promotores de la Ley 1142 resolvieron aclarar el contenido del artículo 315, indicando que las medidas no privativas de la libertad proceden cuando la pena mínima es inferior a cuatro años, dejando a salvo la posibilidad de imponer la detención preventiva cuando la pena mínima imponible es exactamente de cuatro años. En la exposición de motivos, los autores de la iniciativa manifestaron lo siguiente: *"Con la reforma del artículo 315 se resuelve la antinomia advertida entre los actuales artículos 313 y 315, cuando se trata de delitos cuya pena mínima sea exactamente de cuatro (4) años"*^[8]. En consecuencia, al final del trámite legislativo la norma aprobada y sancionada fue la contenida en el artículo 28 de la Ley 1142, que dispuso:

ARTÍCULO 28. El artículo 315 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 315. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.- Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.

Como es apenas lógico, la aplicación de la reforma introducida por el artículo 28 de la Ley 1142 ha tenido como consecuencia un aumento del ámbito de aplicación de la detención preventiva, pues los delitos que tienen prevista una pena mínima de cuatro años exactamente, los cuales no cumplían anteriormente el requisito objetivo para la imposición de ese tipo de medidas restrictivas a la luz de la jurisprudencia, ahora sí lo cumplen. Por esta razón, puede afirmarse que el artículo 28 de la Ley 1142 ha expandido el ámbito de aplicación de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano.

^[8] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

2. LAS CAPTURAS ANTERIORES Y LA PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN

La modificación al artículo 315 de la Ley 906 no fue el único cambio introducido por la Ley 1142, en relación con las condiciones objetivo-formales para la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. El artículo 26 de la Ley 1142 introdujo en el artículo 313 de la Ley 906 un nuevo numeral –el numeral 4°– el cual dispone que la detención preventiva también procede “cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”. Se trata de una nueva circunstancia en la que procede la detención preventiva, y para la cual ya no tiene importancia la pena mínima imponible para el delito correspondiente. En consecuencia, en aquellos casos en los que el imputado haya sido capturado dentro del año inmediatamente anterior por la comisión de un delito o contravención, la detención preventiva será procedente con independencia de si el delito que ahora se le imputa, y en virtud del cual se solicita la medida de aseguramiento, tiene prevista una pena mínima igual o superior a cuatro años.

Es importante anotar que esta nueva disposición no hace diferenciación alguna respecto de la naturaleza de la captura sufrida por el agente dentro del año inmediatamente anterior. El legislador no distinguió entre los supuestos de captura por orden judicial, la captura en flagrancia, o la captura realizada por orden del Fiscal en los casos en que este puede ejercer esta facultad excepcional. Por esta razón, debe entenderse que el hecho de haber sido capturado dentro del año inmediatamente anterior, sin importar la naturaleza de la captura, constituye una condición objetiva de procedibilidad de la detención preventiva como medida de aseguramiento.

El numeral 4° del artículo 313 de la Ley 906, introducido por el artículo 26 de la Ley 1142, fue objeto de una demanda de inexecutable presentada ante la Corte Constitucional. El demandante sostuvo que la norma violaba el principio de presunción de inocencia, por cuanto establece una causal que de manera genérica, ambigua y automática da lugar a la detención preventiva, sin preverse allí la obli-

gación para el funcionario de valorar la existencia de pruebas sobre la responsabilidad penal por el delito imputado. Asimismo, la norma confiere a la captura anterior el tratamiento de antecedentes penales, desconociendo que la persona aún no ha sido encontrada penalmente responsable por el delito anterior, ni por el delito por el que luego se solicita la detención preventiva. Además, esta norma no contiene una previsión para aquellos eventos en los que la captura precedente haya sido declarada ilegal, lo cual agrava la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En respuesta a los argumentos del demandante, la Corte Constitucional consideró que la norma acusada no desconocía el principio de presunción de inocencia, y procedió a declarar su exequibilidad por los cargos formulados. El tribunal constitucional sostuvo que la norma demandada era constitucional fundamentalmente por dos razones:

- ° En primer lugar, porque esta norma hace parte de la libertad de configuración de la que goza el Congreso de la República por mandato de la Constitución. La Corte reiteró en esta oportunidad, como ya lo había venido sosteniendo desde hace algún tiempo, que “los criterios que evalúa el legislador para determinar cuáles serían las conductas que conducirían a decretar la medida de aseguramiento hacen parte de su libertad de configuración normativa porque implican valoración de aspectos generales de política criminal y de protección de los derechos constitucionales en tensión”^[9]. En consecuencia, la Corte carece de competencia para determinar si la concreta circunstancia descrita en el numeral 4° del artículo 313, debe ser valorada en forma distinta a como lo ha dispuesto el legislador para efectos de determinar la procedencia de la detención preventiva.
- ° Y en segundo lugar porque la norma acusada no contiene nada diferente a un criterio que, entre muchos otros, debe tener en cuenta el juez de control de garantías al momento

^[9] Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de valorar la procedencia de la detención preventiva. No es cierto, como lo afirmó el demandante, que la confirmación de capturas precedentes diera lugar en forma automática o mecánica a la imposición de una detención preventiva. La norma demandada debe interpretarse en forma sistemática, y articularse con las previsiones contenidas en otras normas de la ley procesal, especialmente con los artículos 308, 309 y 310, de los cuales se infiere la obligación de tener en cuenta la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida. Textualmente manifestó la Corte lo siguiente:

- “Ahora bien, dentro de los criterios que la ley ha tenido en cuenta para que proceda la detención preventiva, y que, como se vio, la Corte consideró válidos constitucionalmente, son el interés a proteger, la gravedad de la conducta, la situación del procesado y el grado de convicción de que el imputado o el acusado sea el responsable de la conducta investigada. Sin embargo, también ha dicho esta Corporación, que esos criterios no deben operar de manera silogística o mecánica, pues la ley debe permitirle al juez un margen de valoración para analizar circunstancias objetivas –exigencias fácticas y jurídicas– y subjetivas, tales como la personalidad, edad y condiciones socioeconómicas del imputado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 308 a 314 de la Ley 906 de 2004”^[10].

Además de los argumentos anteriores, la Corte consideró oportuno aclarar los alcances de esa disposición respecto de las capturas declaradas ilegales. El demandante había sostenido que la norma no contenía previsión alguna frente a aquellos eventos en los que la captura anterior hubiere sido declarada ilegal, y por ello consideraba que esta disposición violentaba el principio de presunción de inocencia. Al respecto, la corporación subrayó que una interpretación semejante no era posible, porque la declaratoria de ilegalidad de la captura tiene

^[10] Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

como consecuencia jurídica su declaratoria de nulidad, lo cual implica que el acto de la captura debe tenerse como si nunca hubiera existido. Hasta donde alcanzo, la Corte entiende que la declaratoria de nulidad de la captura anterior la hace desaparecer del mundo jurídico; y por ello no puede tenerse en cuenta a la hora de valorar la procedencia de una medida de aseguramiento por un delito diferente. Concretamente dice la sentencia:

“Sin embargo, cabe precisar que, contrario a lo afirmado por los demandantes, la Sala considera que la norma acusada no se refiere a las capturas previamente declaradas ilegales, por la sencilla razón de que esa decisión judicial produce como consecuencia la nulidad de la medida, esto es, para efectos del debido proceso penal, hace desaparecer del mundo jurídico la decisión que resulta contraria a la Constitución y a la ley. Luego, no parecería razonable que el juez que analiza la procedencia de la medida de aseguramiento tenga en cuenta elementos que salieron del ordenamiento jurídico por considerarse contrarios a los derechos y principios mínimos que regula la Constitución y la ley, ni que el juez encargado de proteger los derechos afectados con el proceso penal sea el que imponga una consecuencia legal – la detención preventiva en establecimiento carcelario– a un supuesto ilegal –la captura arbitraria–, pues la norma acusada simplemente regula una nueva hipótesis de detención preventiva en establecimiento carcelario y no de detención domiciliaria.

No obstante, sí es cierto que la norma acusada autoriza al juez de control de garantías a valorar la captura previa que a pesar de que fue declarada legal no condujo a la acusación, o la captura que produjo acusación sin detención preventiva y aún no se ha proferido sentencia definitiva y muchos casos más en los que el proceso penal continúa sin restricción de la libertad y no se hubiere producido la preclusión o absolución en el caso precedente”^[11].

^[11] Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Como corolario de todas sus consideraciones, la Corte declaró exequible el numeral 4° del artículo 313 de la Ley 906, introducido por el artículo 26 de la Ley 1142.

3. AUMENTO DE PENAS

Siendo consecuente con la reforma que extendió la detención preventiva a los delitos con pena mínima igual a cuatro años, la Ley 1142 dispuso también un importante aumento de las penas previstas para ciertos delitos, lo cual tuvo como consecuencia que la pena mínima imponible para ellos quedó sobre el umbral de cuatro años que exige el numeral 2° del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. A causa de este aumento de penas, las personas investigadas por determinadas conductas respecto de las cuales no era procedente la detención preventiva porque tenían una pena mínima menor a cuatro años, ahora pueden ser afectadas con una medida de aseguramiento de ésta naturaleza.

En total, el legislador aumentó la pena mínima prevista para doce delitos^[12]. La relación de los delitos respecto de los cuales procede ahora la privación de la libertad por ministerio de la Ley 1142, es la siguiente:

^[12] Para ser exactos, la Ley 1142 incrementó la pena para catorce (14) delitos. Además de los doce (12) que se relacionan en el siguiente cuadro, se incrementaron las penas para el hurto calificado (art. 240 CP) y para el ejercicio ilícito de monopolio de arbitrio rentístico (art. 312 CP). No obstante, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 1142, estos delitos ya cumplían el requisito objetivo de pena mínima para la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. El aumento de penas que sufrieron estos dos delitos como consecuencia de la Ley 1142, en consecuencia, no habría significado una expansión del ámbito de aplicación de la detención preventiva frente a ellos, y por eso no los incluí en el cuadro que aperece siguiente.

DELITO	PENA MÍNIMA ANTERIOR	PENA MÍNIMA PREVISTA EN LA LEY 1142.
Violencia intrafamiliar (art. 229 CP)	16 meses	4 años
Usura (art. 305 CP)	De 32 a 90 meses	Se aumenta la pena básica en la mitad cuando la utilidad o ventaja triplica el interés bancario corriente certificado, con lo cual la pena mínima queda en 4 años.
Amenazas (art. 347 CP)	16 meses	4 años
Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (art. 365 CP)	16 meses	4 años
Perturbación de certamen democrático (art. 386 CP)	32 meses	4 años
Fraude al sufragante (art. 388 CP)	16 meses	4 años
Voto fraudulento (art. 391 CP)	16 meses	4 años
Favorecimiento de voto fraudulento (art. 392 CP)	16 meses	4 años
Alteración de resultados electorales (art. 394 CP)	32 meses	4 años
Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula (art. 395 CP)	16 meses	4 años
Receptación (art. 447 CP)	32 meses	4 años

En relación con el aumento de penas implementado por la Ley 1142, es interesante destacar dos cosas: en primer lugar, que la mayoría de los delitos cuyas penas se incrementaron hacen parte del título XIV del Código Penal, relativo a los delitos contra los mecanismos de participación democrática. En este sentido parece que, al menos en gran parte, la Ley 1142 respondió al propósito de fortalecer al Estado en su lucha contra las conductas con que se defrauda el régimen electoral. Propósito este que se hizo explícito en la exposición de motivos, al indicarse que como parte de la propuesta de proyecto de ley serían:

“aumentadas las penas en los delitos electorales, con la finalidad de no dejar en la impunidad las conductas de quienes compran y venden los votos. La seguridad ciudadana se ve alterada cuando personas inescrupulosas atentan contra los resultados legítimos de los certámenes democráticos. Según estadísticas con las cuales cuenta la Fiscalía General de la Nación, en las elecciones celebradas el 12 de marzo de 2006 fueron realizados 280 delitos electorales, frente a los cuales ni siquiera puede imponerse detención preventiva. De aprobarse la reforma propuesta, procederá la reclusión en establecimiento carcelario para quienes incurran en estas conductas”^[13].

En segundo lugar es interesante que el aumento de penas introducido por la Ley 1142 venga a sumarse a otro extenso aumento de penas que ya se había implementado mediante la Ley 890 del 7 de julio de 2004^[14]. Y es interesante porque al sumarse el aumento de penas previsto en la Ley 890 y el introducido por la Ley 1142, el resultado neto final es que, a pesar de la implementación en el año 2004 de un sistema procesal pretendidamente más garantista frente a la libertad^[15], hoy en día la detención preventiva procede para muchos más delitos que en el año 2000, cuando estaba en vigencia un sistema de procedimiento penal aparentemente más inquisitivo como lo era el previsto en la Ley 600 de 2000^[16].

Debe ser motivo de reflexión, por lo menos en materia político-criminal, que pese al enorme esfuerzo humano, económico, jurídico, tecnológico, etc., que ha hecho el Estado para implementar un sistema oral de corte acusatorio que ofrezca muchas más garantías para las libertades fundamentales, las reformas en materia punitiva consiguen un efecto notoriamente distinto, como es la expansión de la detención preventiva como medida de aseguramiento. Estudiadas de manera conjunta las diferentes reformas que se han introducido entre el año 2004 y el año 2007, queda la impresión de que las modificaciones al derecho penal

^[13] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

^[14] Diario Oficial N° 45.602, de 7 de julio de 2004

^[15] Me refiero al sistema previsto en la Ley 906 de 2004.

^[16] Código de Procedimiento Penal anterior a la Ley 906 de 2004.

sustancial y las reformas al proceso penal no parecen tener la misma orientación. Mientras que con la modificación implementada con la Ley 906 se buscaba un sistema de procedimiento penal esencialmente *garantista* del derecho a la libertad, las dos grandes reformas en materia punitiva introducidas por la Ley 890 y por la Ley 1142 consiguen precisamente lo contrario, esto es, una expansión del recurso del Estado a la privación de la libertad como medida de aseguramiento. Sin el ánimo de emitir juicios de valor sobre cuál de todas las diferentes reformas es la adecuada sí me parece justo subrayar que aquí es visible como mínimo un problema de coherencia en la política-criminal del Estado.

4. LIMITACIÓN DE LOS BENEFICIOS, SUBROGADOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS

Siguiendo esta orientación hacia la expansión del ámbito de aplicación de la detención preventiva, la Ley 1142 introdujo una serie de reformas con las cuales se reducen los supuestos de aplicación de las causales que pueden dar lugar a la obtención de beneficios, subrogados de ejecución condicional y mecanismos sustitutivos de la pena. Los artículos 27 y 32 de la Ley 1142 endurecen las condiciones para acceder al beneficio de la detención domiciliaria, a los subrogados penales como la libertad condicional, y a la prisión domiciliaria como pena sustitutiva de la prisión.

Para comenzar, el artículo 27 de la Ley 1142 modificó el artículo 314 de la Ley 906, introduciéndole un párrafo en el que se relacionan una serie de delitos para los cuales no procederá la sustitución de la detención preventiva en un establecimiento carcelario por la detención domiciliaria. El nuevo párrafo del artículo 314 relaciona más de veintiún delitos para los cuales queda proscrito el otorgamiento del beneficio de la detención domiciliaria, debiéndose en esos casos cumplir la detención preventiva en establecimiento carcelario^[17]. En

[17] "PARÁGRAFO. No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, Tráfico de migrantes (C.P. artículo 188); Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210);

esta misma línea, el artículo 32 de la Ley 1142 introdujo un artículo 68A en el Código Penal colombiano (Ley 599^[18]), el cual dispone que las personas que hallan sido condenadas por un delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores, no tienen derecho a gozar de subrogados penales o de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, por lo que deben cumplir la pena intramuros.

El endurecimiento de las condiciones para gozar de estos beneficios, subrogados y mecanismos sustitutivos responde, según la exposición de motivos, al hecho de que los delitos allí mencionados “afectan gravemente las bases de la convivencia y la seguridad comunitaria”^[19]. Textualmente se sostuvo que:

“La finalidad de obtener una pronta y cumplida justicia, implica una división de trabajo al interior de las ramas del poder público. En la fase normativa, el legislador debe asegurarse de que las normas jurídico penales, tanto las procesales como las sustanciales respondan de manera adecuada a las necesidades político criminales de seguridad comunitaria imperantes. Por ello, si desde el punto de vista práctico las autoridades de manera efi-

Violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); Hurto calificado (C.P. artículo 240); Hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); Estafa agravada (C.P. artículo 247); Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C.P. artículo 291); Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concorra con el delito de concierto para delinquir (C.P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P. artículo 366); Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P. artículo 367); Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P. artículo 397); Concusión (C.P. artículo 404); Cohecho propio (C.P. artículo 405); Cohecho impropio (C.P. artículo 406); Cohecho por dar u ofrecer (C.P. artículo 407); Receptación repetida, continua (C.P. artículo 447, incisos 1o y 3o); Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P. artículo 447, inciso 2o)”.

^[18] Diario Oficial N° 44.097, de 24 de julio del 2000

^[19] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

ciente logran capturar y enjuiciar a las personas que han llevado a cabo conductas punibles que afectan gravemente las bases de la convivencia y la seguridad comunitaria, y posteriormente a esta labor eficaz –en virtud de vacíos normativos– no es posible imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario; la comunidad puede ver minada la confianza en la vigencia de las normas y en la promesa constitucional de protección efectiva a sus derechos”^[20].

De acuerdo con el Fiscal General de la Nación y con el Ministro del Interior y de Justicia, era necesario impedir que las personas sindicadas por la comisión de las conductas relacionadas en el nuevo parágrafo del artículo 314 de la Ley 906 pudieran gozar de beneficios. En su sentir, la opinión pública necesita percibir que el Estado es fuerte e implacable con ese tipo de delincuentes, para reforzar su sentimiento de seguridad y confianza en el derecho y las instituciones. Los argumentos expuestos por los autores del proyecto dejan entrever su preocupación, por la forma negativa en que los ciudadanos perciben el hecho de que una persona sindicada por un delito de grave impacto social pueda permanecer en libertad. De acuerdo con su exposición de motivos, el Estado debe responder a esa sensibilidad social con medidas que afiancen su confianza en la vigencia de la norma, y en la capacidad de las instituciones para impartir justicia.

El parágrafo introducido por el artículo 27 de la Ley 1142 fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, la cual fue resuelta por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-318 del 9 de abril de 2008. El ciudadano que demandó la inconstitucionalidad de la norma aludida sostuvo que esta desconocía los derechos fundamentales a la libertad personal, a la presunción de inocencia, a la excepcionalidad de las medidas de aseguramiento, a la dignidad humana y los derechos de los niños. El argumento fundamental de la demanda consistía en que esta norma introduce una “objetivación” de las circunstancias en que es procedente la detención preventiva, con la cual se releva al juez

^[20] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

de la obligación de llevar a cabo una valoración acerca de si en cada caso la medida se hace necesaria, proporcionada y razonable para el cumplimiento de sus fines. A juicio del demandante, la disposición acusada conduce a que la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliar se niegue de manera automática, una vez se verifique que la conducta investigada se adecua a alguno de los tipos penales allí relacionados. Por esta razón, la norma demandada envía a un segundo plano la valoración sobre la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la detención preventiva, como presupuestos sustanciales para la procedibilidad y legitimidad de este tipo de medidas.

Asimismo, el actor sostuvo que esta norma es violatoria del principio de igualdad, ya que al negarle a las personas investigadas por ciertos delitos la posibilidad de acceder al beneficio de la detención domiciliar, crea una discriminación injustificada y desproporcionada. Esto último porque la negación de los beneficios se basa únicamente en la adecuación típica de las conductas, sin consideración a las circunstancias personales, familiares, económicas y sociales del procesado.

Al ocuparse de esta demanda, la Corte comienza recordando que la Constitución confiere al Congreso de la República amplias facultades para configurar la política criminal del Estado y, especialmente, para determinar los supuestos en los que resulta procedente la privación de la libertad como medida de aseguramiento. Sin embargo, la Corte también recuerda que esta facultad de configuración no es modo alguno absoluta, de manera que el legislador se encuentra obligado a respetar los principios constitucionales de libertad, presunción de inocencia y debido proceso, así como los principios de excepcionalidad, necesidad, gradualidad, proporcionalidad y razonabilidad de las medidas restrictivas de las libertades fundamentales.

Teniendo en cuenta lo anterior y reiterando la posición asumida por ese tribunal en múltiples providencias –especialmente en las sentencias C-537 de 1993, C-373 de 1995, C - 327 de 1997, C - 425 de 1997, C-135 de 1999, C-774 de 2001, C-591 de 2005, C- 802 de 2005 y C-920 de 2007–, la Corte sostuvo “que la potestad de configuración legislativa tiene como límite de aplicación los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que, las restricciones a la libertad no

pueden convertirse en una regla general”^[21]. Textualmente sostuvo la Corte lo siguiente:

“En conclusión, la determinación sobre las medidas de aseguramiento, los requisitos y los supuestos en que ellas resultan procedentes, así como las condiciones para su cumplimiento, son decisiones que involucran consideraciones de política criminal, de conveniencia y de oportunidad que caen bajo la órbita de competencia legislativa. Sin embargo, no se trata de una potestad absoluta sino que ella encuentra su límite en los fines constitucionales y en los derechos fundamentales, y debe estar guiada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Los criterios puramente objetivos resultan insuficientes para justificar la razonabilidad de la prohibición de una medida sustitutiva a la privación de la libertad en establecimiento carcelario”^[22].

Luego de esta consideración, la Corte Constitucional sostuvo que la norma demandada no violaba en sí misma disposición constitucional alguna, por cuanto ella debía ser interpretada a la luz de las demás disposiciones constitucionales y legales que afirman la libertad personal como un principio medular del debido proceso penal. En consecuencia, el artículo 27 de la Ley 1142 debe interpretarse en el sentido de que el juez puede llevar a cabo una valoración sobre las condiciones personales, familiares, económicas y sociales del procesado, en orden a determinar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad

^[21] Sentencia C-318 del 9 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdova Triviño. Ya en una ocasión anterior la Corte se había ocupado de la constitucionalidad de disposiciones que pretendían negar la posibilidad de conceder beneficios a las personas que fueran investigadas por ciertos delitos. En la sentencia C-392 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbionell), la Corte declaró inexecutable el artículo 26 de la Ley 104 de 1999 por considerar que “(...) En la norma objeto de análisis, salta a la vista que la única explicación para suprimir el beneficio del cumplimiento de la detención preventiva parcialmente en el domicilio o lugar de trabajo, es la clase de delitos cuyo conocimiento se asigna a los ‘Juzgados Penales del Circuito Especializados’, lo que lleva a suponer, sin justificación, que, aunque no hubieren sido condenados antes por ningún delito, ni hayan intentado siquiera eludir la actuación procesal, se les impone la detención física en una cárcel del Estado a diferencia de otros sindicados, con abierto rompimiento de la igualdad de trato que surge del artículo 13 de la Constitución”.

^[22] Sentencia C-318 del 9 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdova Triviño.

de la detención preventiva en establecimiento carcelario. Expresamente sostuvo la Corte que:

“El párrafo acusado constituye un agregado que la Ley 1142 de 2007 introdujo al sistema general que regula la restricción preventiva de la libertad como consecuencia de una imputación penal, con el explícito propósito de fortalecer la percepción de seguridad de la ciudadanía y su confianza en el sistema de justicia. Esa modificación no puede ser entendida en forma aislada sino en el marco de los principios orientadores de tales medidas de aseguramiento. Esos principios son los de afirmación de la libertad (Art. 28 C.P. y 295 del C.P.P.) y el consecuente carácter excepcional de sus limitaciones; la interpretación restrictiva, adecuada, proporcional y razonable de las normas que autorizan preventivamente la privación de la libertad, y, de manera particular los principios de necesidad y gradualidad que informan dichas medidas.

En virtud de la necesidad, las medidas solo pueden imponerse si concurre algunos de los fines que las justifican como son los de asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad con énfasis en las víctimas. En razón de la gradualidad, el juez debe elegir entre el abanico de posibilidades que le suministra la ley, aquella que resulte más adecuada a los fines de la medida, atendidas las circunstancias personales, laborales, familiares y sociales que rodean a su destinatario, así como las particularidades del caso” [23].

Como consecuencia de lo dicho, la Corte Constitucional resolvió declarar que la disposición demandada es constitucional, en el entendido que el juez puede conceder los beneficios siempre que el peticionario demuestre que con ellos no se ponen en peligro los fines de la medida de aseguramiento. Esto significa que aun cuando el procesado esté siendo investigado por alguna de las conductas punibles indicadas en el párrafo del artículo 314, el beneficio de la detención domiciliaria puede concederse cuando se demuestre que por sus circunstancias

[23] Sentencia C-318 del 9 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

personales la detención preventiva en establecimiento carcelario no es necesaria, proporcional o razonable^[24]. Literalmente concluye la Corte que:

“De manera que frente a estos eventos (numerales 2, 3, 4, 5 del artículo 314 C.P.P.) no puede operar la prohibición absoluta de sustitución de la medida de aseguramiento que introduce el párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 respecto del catálogo de delitos allí relacionado. Una interpretación del párrafo acusado según la cual este contiene una prohibición absoluta de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia del imputado, en todos los eventos allí enunciados, es inconstitucional por vulneración de los postulados de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad.

Por consiguiente, para que la norma resulte acorde a la Constitución es preciso condicionarla^[25] en el entendido que el juez podrá conceder la sustitución de la medida de aseguramiento carcelaria por domiciliaria, bajo los siguientes presupuestos:

1. Que el peticionario o peticionaria fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de

^[24] Sentencia C-318 del 9 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdova Triviño. Al respecto sostuvo la Corte en esta sentencia que: *“La determinación de la necesidad y gradualidad de la medida, en los eventos previstos en los numerales 2, 3, 4, y 5, exige valoraciones que entrañan la consideración de múltiples elementos empíricos y probatorios que por ende no pueden ser suministrados a priori por el legislador. Por lo tanto, las exigencias de igualdad material imponen que el examen sobre el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento, su necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad se efectúe en concreto. (...) Una exclusión generalizada y absoluta de la posibilidad de sustitución de la medida de detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, para un amplio catálogo de delitos, y en relación con estos sujetos merecedores de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana, conlleva a situaciones de inequidad injustificables”*.

^[25] Sobre los criterios para determinar cuándo es procedente el condicionamiento de una disposición sometida a control, se pueden consultar las sentencias C-492 de 2000; C-496 de 1994; C-109 de 1995; C- 690 de 1996; C-488 de 2000; C-557 de 2001 y C-128 de 2002, entre otras.

los fines de la detención preventiva, en especial en relación con las víctimas del delito;

2. Que el peticionario o peticionaria se encuentre en alguna de las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4 o 5, contempladas en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, cualquiera que sea el delito imputado.

En estos eventos, adicionalmente al examen que realiza el juez para determinar si se cumplen los requisitos que permiten la imposición de una medida de aseguramiento (art. 308), deberá efectuar un juicio de suficiencia basado en el pronóstico de si la ejecución de la medida en el lugar de residencia, o en la clínica u hospital, atendidas las circunstancias particulares del imputado (a), cumplirá los fines que a la misma le asigna el orden jurídico.

Se trata, desde luego, de una sustitución temporal de la medida cautelar, sujeta a que subsista la situación de vulnerabilidad que genera el trato especial previsto por el legislador.

En virtud de las consideraciones precedentes, la Corte declarará la exequibilidad condicionada del parágrafo del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, introducido por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, en el entendido que el juez podrá conceder la sustitución de la medida siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas del delito, y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4, y 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007”^[26].

^[26] Sentencia C-318 del 9 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdova Triviño. Este criterio ha sido confirmado por la Corte en los fallos C-425 del 30 de abril de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-904 del 17 de septiembre de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5. LIBERTAD POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS

En materia procedimental, la Ley 1142 introdujo una serie de reformas en relación con las circunstancias que pueden dar lugar a la obtención del beneficio de la libertad. Para comenzar, es importante mencionar que originalmente el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 disponía que la persona detenida preventivamente tenía derecho a recobrar la libertad, “Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral”. El artículo 30 de la Ley 1142 aumentó este término de sesenta a noventa días. No obstante, y aun cuando el aumento del término es muy claro, a mi juicio, esta reforma no disminuye las garantías procesales existentes para el derecho a la libertad, sino que por el contrario las incrementa.

A primera vista, podría pensarse que el aumento del plazo previsto en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906, puede traducirse en una reducción de la posibilidad de recobrar la libertad por vencimiento de términos para la persona detenida preventivamente. Sin embargo, si se estudia con más detenimiento el texto de la modificación introducida por la Ley 1142 puede observarse que ello no es así. Es importante señalar que el artículo 30 de la Ley 1142 no solo introdujo una ampliación del término para recobrar la libertad, sino que también cambió el momento a partir del cual este término debe empezar a contarse^[27]. En su redacción original, el artículo 317 señalaba que el término de sesenta días debía contarse a partir de la “formulación de la acusación”, lo cual se entiende ocurrido cuando la audiencia

^[27] “La modificación que la Ley 1142 de 2007 introdujo en la cláusula relativa al término para el adelantamiento del juicio, cambiando los sesenta días que en su pristine versión ofrecía la norma, por un término de noventa días, aparentemente significa un término más holgado, pero debe tenerse en cuenta que antes los sesenta días se contaban desde la fecha de formulación de la acusación, y ahora los noventa días se cuentan desde la fecha en que se presenta el escrito de acusación, que es un momento previo, que incluye actuaciones de trámite como la asignación del proceso y la remisión del mismo al Juez; y luego la fijación por este de la fecha en que ha de realizarse la audiencia de formulación de acusación, conforme a programaciones, posibilidades prácticas, orden de prioridades y de ingreso”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 28836 del 28 de noviembre de 2007. M.P. Javier Zapata Ortiz).

de formulación de la acusación culmina. En cambio, el artículo 30 de la Ley 1142 dispuso que el término debe contarse a partir de la "presentación del escrito de acusación", lo cual debería ocurrir en los términos del artículo 338 de la Ley 906, tres días antes de fijarse la fecha, el lugar y la hora para iniciar la audiencia de formulación de la acusación^[28]. Aunque aparentemente insignificante, este cambio en la redacción tiene importantes consecuencias prácticas, ya que por la dinámica misma del procedimiento penal colombiano la audiencia de formulación de la acusación no comienza a los tres días de presentarse el escrito de acusación, sino algún tiempo después que en algunos casos puede ser superior a los treinta días. Dado que entre la presentación del escrito de acusación y la finalización de la audiencia de formulación de la acusación puede transcurrir un tiempo importante, la reforma introducida por la Ley 1142 constituye realmente, y a pesar de la intención de los autores de la iniciativa legislativa, una medida a favor de la libertad del procesado.

En efecto, antes de la modificación introducida por el artículo 30 de la Ley 1142, el juez de conocimiento tenía sesenta días contados a partir de la finalización de la audiencia de formulación de la acusación para iniciar el juicio oral. En ese entonces, las dificultades administrativas que impedían que la audiencia de formulación de la acusación iniciara justo tres días después de la presentación del escrito de acusación, no afectaba el término previsto en el numeral 5° del artículo 317 para recobrar la libertad. Y es que debido a que el término de sesenta días empezaba a correr a partir de la finalización de la audiencia de formulación de la acusación, los problemas administrativos que hubieran impedido que la audiencia de formulación de la acusación iniciara a los tres días de presentado el escrito de acusación, no contribuían al vencimiento del término para recobrar la libertad fijado en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906.

[28] Artículo 338. Citación.- Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del escrito de acusación, el juez señalará fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación. A falta de sala, el juez podrá habilitar cualquier recinto público idóneo.

De hecho, antes de la Ley 1142 las dificultades administrativas que impedían que la audiencia de formulación de la acusación comenzara a los tres días de presentado el escrito de acusación tampoco contribuía al vencimiento del término previsto en el numeral 4° del artículo 317 de la Ley 906, el cual dispone que el procesado sometido a detención preventiva tiene derecho a recobrar la libertad: "Cuando transcurridos sesenta (60) días, contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión".

Como se observa, antes de la reforma de la Ley 1142, el término previsto en el numeral 4° corría entre la formulación de la imputación y la presentación del escrito de acusación, y el término originalmente previsto en el numeral 5° corría entre la finalización de la audiencia de formulación de la acusación y el inicio del juicio oral. De contera que el plazo que corría entre la presentación del escrito de acusación y el inicio de la audiencia de formulación de la acusación no era determinante, para efectos del vencimiento de un término que permitiera al procesado detenido preventivamente recobrar su libertad. Visto desde esta perspectiva, antes de la Ley 1142 las dilaciones que tienen lugar entre la presentación del escrito de acusación y la iniciación de la audiencia de formulación de la acusación no favorecían al procesado, sino que lo perjudicaban, pues el tiempo que transcurriera entre esas dos actuaciones no contaba para el vencimiento de un término que le permitiera recobrar su libertad, y por el contrario constituía una dilación que prolongaba su estado de detención preventiva sin haber sido escuchado y vencido en juicio, y sin haber sido penalmente condenado como responsable por un delito.

Con la reforma introducida por el artículo 30 de la Ley 1142, las dilaciones que pueden tener lugar entre la presentación del escrito de acusación y la iniciación de la audiencia de formulación de la acusación sí tienen importancia, en la medida que ellas contribuyen al vencimiento del término previsto en el numeral 5° de artículo 317 para recobrar la libertad. En esa medida, estimo que el artículo 30 de la Ley 1142 contribuye a la protección de la libertad personal dentro del modelo de procesamiento criminal colombiano.

Es importante recordar que las dificultades inherentes a la administración de justicia siempre han jugado a favor del acusado privado de la libertad. Circunstancias prácticas específicas de orden administrativo, como por ejemplo el congestionamiento del sistema, disponibilidad de jueces de conocimiento, celeridad de los trámites en los centros de servicios judiciales, etc., contribuyen a dilatar los plazos que transcurren entre una y otra actuación procesal. Esta dilación de los plazos favorece el vencimiento de los términos fijados por la ley para recobrar la libertad, y en ese sentido son favorables al procesado. Ello debe ser así porque la importancia del derecho a la libertad exige que la detención preventiva sea excepcional, y prohíbe que los procesados sean sometidos a ella de forma indefinida. Si se tiene en cuenta que quien está detenido preventivamente se encuentra privado de la libertad sin que se haya determinado aun si es o no responsable del delito que se le imputa, es apenas justo que el Estado deba tramitar con celeridad su judicialización, y que no se le traslade al sujeto la carga de soportar una prolongación de su estado de detención a causa de la ineficiencia de la administración de justicia. Un procedimiento penal garantista debe velar porque el Estado actúe con celeridad frente a las personas privadas de la libertad, y porque el tiempo de detención sin haber sido declarado penalmente responsable sea lo más corto posible.

La modificación introducida por el artículo 30 de la Ley 1142 tiene esa consecuencia, de asegurar que la persona detenida preventivamente no deba soportar las dificultades administrativas que dilatan exageradamente el tiempo que transcurre entre la presentación del escrito de acusación y el inicio de la audiencia de formulación de la acusación. La Ley 906 tenía un vacío en este punto, por cuanto no preveía ninguna consecuencia frente a la dilación del tiempo que transcurría entre la presentación de la acusación y el inicio de la audiencia de formulación de la acusación. El artículo 30 de la Ley 1142 vino a llenar ese vacío con una disposición favorable al procesado, prescribiendo que el término previsto en el numeral 5° del artículo 317 se cuente no a partir de la finalización de la audiencia de formulación de la acusación, sino a partir de la presentación del escrito de acusación. Es en este sentido que considero que, en este punto, la reforma es positiva para la protección las libertades individuales fundamentales.

Ahora bien, en relación con la forma en que debe contabilizarse el plazo para recobrar la libertad por vencimiento de términos, es importante señalar que la Sala de Casación Penal ha tenido un importante cambio de jurisprudencia sobre esta materia.

Inicialmente con fundamento en un ejercicio de interpretación conjunta y sistemática de los artículos 30 de la Ley 1142, y 157, 175, 343 y 345 de la Ley 906, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia había concluido que el término de noventa días previsto en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 debe contarse en días hábiles^[29]. Al efecto, sostuvo que el artículo 157 de la Ley 906 dispone que *“Las actuaciones que se surtan ante el juez de conocimiento se adelantarán en días y horas hábiles, de acuerdo con el horario judicial establecido oficialmente”*. Situación bien distinta de la de los fiscales y jueces de control de garantías, para quienes los términos corren en días calendario según lo ordena esa misma disposición. Tomando en consideración lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia entendió inicialmente que este término de noventa días (90) debía contabilizarse en días hábiles y no en días calendario, precisamente porque aquel corre entre dos actuaciones que dependen del juez de conocimiento y no de la Fiscalía o de un juez de garantías.

No obstante, en el fallo proferido el día 4 de febrero de 2009 dentro del radicado 30363 con ponencia de la magistrada María del

[29] “La invocación que el impugnante hace del principio *pro homine*, como cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, a fin de que se adapte a la Ley 906 de 2004 un criterio interpretativo de esta Sala, ambientado en expiradas vigencias procesales, acerca de que no podían descontarse días feriados y de vacancia de los cómputos para acceder a la libertad; no tiene vocación de prosperar, toda vez que de manera muy clara el legislador estipuló en el artículo 317, modificado por la Ley 1142 de 2007, que los términos de que dispone la Fiscalía para presentar el escrito de acusación ‘se contabilizarán en forma ininterrumpida’, y a renglón seguido nada dijo en lo relativo a los términos de que dispone el Juez para el adelantamiento de la causa, hasta el inicio de la audiencia de juicio oral; respetando así lo dispuesto en el artículo 157 ibídem, que establece que ‘Las actuaciones que se surtan ante el juez de conocimiento se adelantarán en días y horas hábiles, de acuerdo con el horario judicial establecido oficialmente’. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 28836 del 28 de noviembre de 2007. M.P. Javier Zapata Ortiz).

Rosario González, la Sala de Casación Penal cambió su jurisprudencia señalando que:

“No obstante, se advierte que si bien una tal interpretación responde a criterios lógico-formales y exegéticos en desarrollo del principio de legalidad, lo cierto es que crea una distinción odiosa entre quienes se encuentran efectivamente privados de su libertad estando en la fase anterior a la presentación del escrito acusatorio y aquellos cuyos diligenciamientos ya han superado dicho estadio procesal, pues respecto de los primeros el lapso para acceder a su libertad provisional incluye los sábados, domingos y festivos, mientras que para los segundos tales días no cuentan, porque solo se contabilizan los hábiles, de manera que, en primer lugar, se hace más gravosa de forma irrazonable la situación de estos, y en segundo término se quebranta el postulado, según el cual, a idénticas circunstancias de hecho corresponden las mismas consecuencias de derecho”^[30].

La Corte Suprema consideró que la interpretación anterior no se fundamentaba en criterios de distinción razonables que justificaran la diferencia de trato entre la contabilización de términos en etapa de investigación y la contabilización de términos en etapa de juzgamiento. En opinión de la Corte, la diferenciación introducida bajo la interpretación anterior era a todas luces injustificada:

“(…) como que un día de privación efectiva de la libertad es igualmente gravoso tanto para quien está pendiente de que se presente el escrito de acusación, como para aquel en cuyo trámite ya obra dicho documento del ente acusador.

Adicionalmente se tiene que en ambos casos los sujetos pasivos de la acción penal tienen la condición de sindicados, pues no obra en su contra fallo condenatorio ejecutoriado, razón adicional para advertir las estrechas semejanzas entre una y otra circunstancia, suficientes para imponer un idéntico tratamiento en punto de la contabilización de los días de internamiento necesarios para

^[30] Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del día 4 de febrero de 2009. Radicado 30363. M.P. María del Rosario González.

acceder a la libertad provisional, con mayor razón si en virtud de la Ley 1142 de 2007 el término de 60 días contados a partir de la presentación del escrito de acusación sin que se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral fue incrementado a 90 días.

También se observa que con la interpretación propuesta se cumple para la contabilización de días con posterioridad a la presentación del escrito de acusación y antes de iniciarse la audiencia del juicio oral, con los mismos motivos de política criminal, esto es, acudir solo de manera excepcional a la privación preventiva de la libertad, además de limitarla y evitar su indefinición en el tiempo.

En suma, advierte la Corte que la distinción realizada por el legislador en los numerales 4º y 5º del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, modificados por el artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, no responde a criterios razonables y objetivos y quebranta el derecho de igualdad de las personas, circunstancia que impone en virtud del artículo 4º de la Carta Política dar prevalencia a su artículo 13 y por ello, entender que la contabilización 'en forma ininterrumpida' de los términos previstos en el citado numeral 4º del artículo 317, también se hace extensiva a los tiempos establecidos en el numeral 5º del mismo precepto"^[31].

Por esta razón, sostuvo esa corporación que en cualquier caso, para efectos de la concesión de libertad, los términos deberían contabilizarse de forma ininterrumpida.

Ahora bien, más allá de la interpretación que se haga sobre la forma en que deben contabilizarse los términos para efectos de la concesión de la libertad –si en días hábiles o en días calendario– es importante anotar, que ya de por sí la regulación contenida en la Ley 906 y en la Ley 1142 es sustancialmente más favorable para la libertad del procesado que la prevista en la Ley 600. En efecto, nótese que la los términos previstos en los numerales 4º y 5º del artículo 317 de la Ley 906 son inferiores al término que se encontraba previsto en la

^[31] Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del día 4 de febrero de 2009. Radicado 30363. M.P. María del Rosario González.

Ley 600, independientemente de que se contabilicen en días hábiles o en días corridos. Recuérdese que el numeral 5° del artículo 365 de esa ley disponía que la persona detenida preventivamente solo tenía derecho a recobrar la libertad “Cuando hayan transcurrido más de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual el término se entiende ampliado hasta en seis (6) meses”. Como puede observarse, el plazo previsto en la Ley 600 para recobrar la libertad por vencimiento de términos era de seis (6) meses, lo cual significa que en todo caso el tiempo que debía esperar la persona para recobrar la libertad por vencimiento de términos era bastante superior a los noventa días –en el peor de los casos hábiles– de los que hablan la Ley 906 y la Ley 1142.

Por otra parte, la modificación que introdujo el artículo 30 de la Ley 1142 en el artículo 317 de la Ley 906 incluyó un párrafo en el que se disponía, que no habría lugar a libertad por vencimiento de términos cuando la audiencia no hubiera podido iniciarse por causa justa o razonable. Este apartado del párrafo fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, por considerar el demandante que la norma no contenía una descripción clara y taxativa de los eventos en los cuales la pretermisión de los términos puede considerarse justa o razonable, de modo que quedaría a la interpretación del funcionario establecer en cada caso cuando el vencimiento del plazo da lugar o no al otorgamiento de la libertad. La falta de precisión y claridad de la disposición constituiría una patente de corzo, para que el procesado pudiera estar privado de la libertad más tiempo del previsto en los numerales 4° y 5° del artículo 317, y sujetaría la vigencia del derecho a la libertad a una valoración subjetiva que en cada caso podría hacer el juez sobre las causas de la dilación.

Reiterando la posición asumida en las sentencias C-846 de 1999 y C-123 de 2004, en el fallo C-1198 del 4 de diciembre de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) la Corte Constitucional consideró que la expresión “justa” utilizada por el legislador para calificar la clase de dilaciones en las cuales no habría lugar a la libertad por vencimiento de términos, no cumple con los requisitos de claridad, precisión y univocidad que

exige la carta política como mecanismo de protección a las libertades fundamentales. Textualmente sostuvo la Corte que:

“Encuentra la sala que la expresión ‘justa o’, dentro del sistema acusatorio que se sustenta en una nueva previsión constitucional, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, no atiende las exigencias referidas en los precedentes, como quiera que el supuesto fáctico allí consagrado no supera el imperativo de ser claro, preciso y unívoco, toda vez que su indeterminación conduce a ambigüedad acerca del momento en el cual se realizará la audiencia de juicio oral, vulnerando así la garantía de la libertad personal consagrada en el artículo 28 superior. Igualmente la preceptiva referida contraviene el imperativo constitucional que se impone a los funcionarios judiciales de observar ‘con diligencia’ los términos procesales, so pena de ser sancionado su incumplimiento (art. 228)”^[32].

Por esta razón, la Corte resolvió en este fallo que:

“Por todo lo expuesto, se declarará inexecutable la expresión ‘justa o’, contenida en el párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, y executable la preceptiva según la cual ‘ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa [...] razonable’ contenida en el mismo párrafo, en el entendido de que: a) la justificación de la causa razonable debe fundarse en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia y b) en todo caso, la audiencia se iniciará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004”^[33].

^[32] Sentencia C-1198 del 4 de diciembre de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

^[33] Sentencia C-1198 del 4 de diciembre de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

6. LA RESPUESTA A LA CORTE SUPREMA Y A LA CORTE CONSTITUCIONAL

Por otra parte, la Ley 1142 incorpora algunas disposiciones con las cuales se responde a ciertas modificaciones al régimen procesal penal que, a través de diversas sentencias, habían sido introducidas por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia.

Con la promulgación del Acto Legislativo 003 del 20 de diciembre de 2002^[34], por medio del cual se reformaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, se limitaron significativamente las facultades judiciales que tenía la Fiscalía General de la Nación para adoptar decisiones restrictivas de derechos fundamentales. Uno de los principales propósitos de esta reforma constitucional era sentar las bases de un sistema de procesamiento criminal mucho más garantista, en el que solo los jueces de la República pudieran ordenar la privación de la libertad de los ciudadanos, y en el que la Fiscalía conservaría solo la facultad de solicitar al juez ese tipo de medidas, y de ordenar la captura en circunstancias muy excepcionales en las que fuera realmente imposible acudir al juez para obtener la orden de aprehensión. A juicio de la Corte Constitucional, el Acto Legislativo mencionado introdujo en nuestro derecho una nueva distribución de roles, caracterizado porque la Fiscalía cumpliría en adelante una función estrictamente relacionada con la investigación y acusación de los delitos, y la función judicial pasaría a quedar principalmente concentrada en los jueces de control de garantías, quienes velarían por la protección efectiva de las libertades y derechos tanto del procesado, como de las víctimas del delito:

“La función de la Fiscalía a partir de la introducción del Acto Legislativo aludido es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación; precisa el texto constitucional que este cometido general es una obligación de la Fiscalía, la cual

^[34] Diario Oficial 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

no podrá en consecuencia suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del principio de oportunidad –el cual deberá haberse regulado en el marco de la política criminal del Estado colombiano, y tendrá control de legalidad por el juez de control de garantías– (...)

Ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento necesarias; ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente”^[35].

En desarrollo de este Acto Legislativo, el artículo 300 de la Ley 906 –en su redacción original– determinó que la Fiscalía podría dictar excepcionalmente órdenes de captura, cuando fuera procedente la detención preventiva como medida de aseguramiento, siempre que “no sea posible obtener inmediatamente orden judicial”^[36]. Esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en el entendido que esta norma dejaba un amplísimo margen de interpretación que no se compadecía con el carácter excepcional que el Congreso de la

^[35] Corte Constitucional. Sentencia C-873 del 30 de septiembre de 2003, M.P. Manuel José Cepeda.

^[36] Artículo 300. Captura sin orden judicial. Artículo declarado inexecutable mediante sentencia C-1001 del 3 de octubre de 2005. En los eventos en que proceda la detención preventiva, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente órdenes de captura cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y concurra al menos una de las siguientes causales:

1. Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia.

2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

En estos casos el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente.

República; como Constituyente derivado, había asignado a la facultad que podía concederse a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas. En esa oportunidad, expresó la Corte lo siguiente:

“Si bien el fiscal es una autoridad judicial y en los casos específicos que señale la ley, la autoridad competente para efectuar excepcionalmente una detención, ello solo puede serlo en situaciones con unas características de determinación claras y definidas. Téngase en cuenta que las condiciones del ejercicio de las competencias deben estar precisamente establecidas en la ley y con mayor razón aún si se trata de facultades excepcionales. Ahora bien, la Corte constata que las expresiones ‘En las capturas (...) en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes’ dejan un amplísimo margen de interpretación que no se compadece con el carácter excepcional fijado por el Constituyente derivado para la competencia que podría atribuirse a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas según el Acto Legislativo 003 de 2002. La amplitud e indeterminación de las expresiones ‘existiendo motivos fundados’ y ‘razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito’, al tiempo que contradicen el principio de legalidad (art 29 C.P.) no contienen ningún elemento de excepcionalidad pues aluden simplemente a ‘motivos fundados’ los cuales siempre pueden existir, y a ‘motivos razonables’ que comprenden una amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta de poder acudir ante el juez de garantías que son las que podrían predicarse de una situación excepcional como a la que aludió el Constituyente derivado”^[37].

El Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación consideraron siempre que para garantizar el éxito de la investigación y los fines

^[37] Corte Constitucional. Sentencia C-730 del 12 de julio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

del proceso, era necesario conceder la Fiscalía la facultad de ordenar capturas siquiera de manera excepcional. Por esta razón, con la Ley 1142 pretendieron responder a las modificaciones que la jurisprudencia de la Corte Constitucional había introducido en el régimen procesal previsto originalmente en la Ley 906, al sacar del ordenamiento la norma que permitía a la Fiscalía gozar de esa facultad excepcional. En la exposición de motivos de la Ley 1142, los autores de la iniciativa expresaron que:

“La facultad constitucional a cargo de la Fiscalía General de la Nación de ordenar capturas, inicialmente regulada en el inciso 3 artículo 2º y artículo 300 del C.P.P., quedó inoperante con la declaración de inexequibilidad de las normas citadas por la Corte Constitucional (Sentencias C-730 y C-1001 de 2005). Esta facultad, es necesaria en un país como el nuestro, donde por razones geográficas o de oportunidad no se cuenta siempre con la presencia de un juez de control de garantías y se debe actuar en forma inmediata para evitar la fuga de los presuntos responsables de una conducta punible; por ello se busca reincorporar la captura excepcional, cumpliendo con las exigencias constitucionales y legales para la privación de la libertad, que echara de menos la Corte Constitucional.

La norma propuesta exige que se expida orden escrita, por motivos previamente definidos en la ley, cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia del indiciado al proceso, preservar la prueba o proteger a la comunidad, especialmente a las víctimas; debiendo la policía judicial presentar elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente la autoría o participación del indiciado en la conducta investigada, con la exigencia de ser procedente la detención preventiva”^[38].

Como corolario de todo lo anterior, finalmente el artículo 21 de la Ley 906 dispuso modificar la redacción original del artículo 300 de la Ley 906, recuperando para la Fiscalía General de la Nación

^[38] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

la facultad de emitir excepcionalmente órdenes de captura en los siguientes términos:

El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión

La Corte Constitucional ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre esta norma. Mediante el fallo C-185 de 2008, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, se decidió declarar condicionalmente exequible el artículo 21 de la Ley 1142, y se declaró inexecutable el aparte que le permitía la Fiscalía proferir orden de captura cuando por “por motivos serios y de fuerza mayor” no se encuentre “disponible” un juez de control de garantías.

En esa providencia, la Corte sostuvo que el primer inciso de la modificación introducida al artículo 300 de la Ley 906 solo sería exequible, en el entendido que la facultad que se le atribuye al Fiscal para ordenar excepcionalmente la captura esté precedida de un diligente

agotamiento de todos los mecanismos posibles, para la búsqueda de un juez competente que pueda emitirla. Además, en ese mismo fallo, el Tribunal constitucional también manifestó que el artículo demandado era constitucional, bajo la condición de que la información de la que infiere la Fiscalía que la persona a capturar es penalmente responsable del delito investigado debe estar sustentada en elementos materiales de prueba o evidencia física, en los términos del artículo 221 de la Ley 906^[39]. Textualmente dice la sentencia:

“b) la expresión ‘cuando (...) no se encuentre (...) un juez que pueda ordenarla’, que se declara **exequible** en el entendido que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulante.”

“c) la expresión “o información”, que se declara **exequible**, en el entendido que la información fue obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 del CPP.”

Y en segundo lugar, a través de esa misma sentencia C-185 de 2008, la Corte declaró inexecutable el parte del inciso primero del artículo 300 de la Ley 906 que dice: “por motivos serios y de fuerza mayor”; y el término “disponible”, también incluido en ese inciso. Las razones por las cuales se declaró la inexecutable de estos apartes tiene que ver con la indeterminación o vaguedad que imprimen a la disposición. Ya la Corte había dicho, en una sentencia anterior, que la facultad de ordenar capturas por parte de la Fiscalía era excepcional, y que por ello las circunstancias en que ella procedía debían quedar clara y expresamente definidas en la ley. Por esta razón, era de esperarse que la Corte declarara la inexecutable de los apartes señalados, a causa de la indeterminación y vaguedad de expresiones como “fuerza mayor” o “motivos serios”, los cuales dan lugar a interpretaciones

[39] Artículo 221. Respaldo probatorio para los motivos fundados. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

que tienen a extender el ámbito de la competencia de la Fiscalía para impartir este tipo de órdenes.

A mi juicio, la difícil situación de orden público y de seguridad que vive nuestro país ciertamente hace necesario que la Fiscalía tenga la facultad de ordenar la captura de presuntos delincuentes, para garantizar su comparecencia al proceso, el éxito de la investigación y el cumplimiento efectivo de la pena. Desde esta perspectiva, la iniciativa de reforma contenida en la Ley 1142, es coherente con las necesidades político-criminales del Estado. Sin embargo, creo que este tipo de medidas deben articularse adecuadamente con las instituciones procesales creadas para garantizar los derechos del procesado, y por este motivo estoy de acuerdo con la Corte Constitucional en que esa facultad por parte de la Fiscalía debe ser excepcional y, por consiguiente, perfectamente delimitada en la ley. En este sentido, creo que el texto original del artículo 21 de la Ley 1142 dejaba demasiados espacios de indeterminación, los cuales impedían que la norma cumpliera la exigencia de precisión que se hizo en el Acto Legislativo 003 de 2002 respecto a este tipo de facultades de la Fiscalía.

En resumen, estimo que la reforma introducida por el artículo 21 de la Ley 1142 no satisfacía por sí sola ese necesario equilibrio que debe existir entre garantismo y eficientismo, al cual se hizo también alusión como uno de los principales propósitos de la reforma. Estimo si, no obstante, que los ajustes introducidos por la Corte Constitucional contribuyen grandemente a lograr ese fin, en la medida que llevan las facultades de la Fiscalía a sus justas proporciones.

7. LA LEGALIZACIÓN DE LA CAPTURA

El restablecimiento de la facultad de la Fiscalía para ordenar excepcionalmente la captura no fue la única modificación introducida en esta materia. El artículo 18 de la Ley 1142 introdujo una importante reforma al artículo 289 de la Ley 906, consistente en la creación de una reglamentación especial sobre las formalidades para la legalización de la captura.

En la exposición de motivos del proyecto, el Fiscal General y el Ministro del Interior y de Justicia expresaron su preocupación por las

dificultades que los fiscales enfrentan en la práctica, para cumplir los términos de legalización de la captura en los casos en que el agente se encuentra en estado de inconciencia, o en aquellos en los que las dificultades geográficas complican el traslado del capturado hasta la sede del juez de control de garantías.

Frente a lo primero, los autores de la iniciativa manifestaron que:

“Otra propuesta, originada en la práctica, consiste en que en algunos casos se pueda hacer la imputación con la sola presencia del defensor, en especial en aquellos eventos en los cuales la persona por vincular se encuentre inconsciente; sin perjuicio de la aceptación de la imputación cuando recobre la conciencia, con la misma rebaja de pena. Asimismo, se propone que cuando la persona a quien se va a vincular mediante imputación esté conciente, pero recluida en un hospital o clínica, el juez de control de garantías se traslade al lugar, a efecto de que la Fiscalía General de la Nación pueda velar además por la protección de los derechos de las víctimas, impulsando un proceso contra los presuntos infractores de la ley^[40]”

Esta propuesta quedó recogida en un párrafo 1° que el artículo 18 de la Ley 1142 introdujo al artículo 289 de la Ley 906. Esta nueva disposición efectivamente preveía en su redacción original, que en los casos en que el capturado haya entrado en estado de inconciencia, el Fiscal podía acudir ante el juez de control de garantías para tramitar con la sola presencia del defensor, la legalización de la captura, la formulación de la imputación, la imposición de medidas de aseguramiento y todas las demás actuaciones que llegare a considerar procedentes. No obstante, la Corte Constitucional determinó que es inconstitucional que el juez de control de garantías tramite la formulación de la imputación, la solicitud de medidas de aseguramiento o cualquier otra solicitud distinta de la legalización de la captura, sin la presencia del procesado por encontrarse este en estado de inconciencia. En criterio de esa corporación, en aquellos eventos en los que el capturado se

^[40] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

encuentra en estado de inconsciencia, la única actuación que puede tramitarse con la sola presencia del defensor es la legalización de la captura. Todas las demás solicitudes deberán quedar a la espera de que el agente recobre la consciencia, de modo que pueda este ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

Son varias las razones que adujo el tribunal constitucional para fundamentar su posición: en primer lugar, la Corte manifestó que es importante tener en cuenta que “aunque las tres diligencias pueden adelantarse en una sola audiencia, es indudable que contienen momentos procesales diferentes, generan un impacto distinto sobre los derechos del capturado y de la sociedad y pueden condicionar de varias maneras el desarrollo del proceso penal”^[41]. Por esta razón sostuvo que no es lo mismo legalizar la captura en ausencia del procesado, que formular la imputación o imponer medida de aseguramiento en esas condiciones.

Dado que “no todas las diligencias suponen tiempos procesales urgentes ni regulan el mismo impacto sobre los derechos en tensión”^[42], es posible establecer un régimen para la legalización de la captura en ausencia del procesado, y otro diferente para la formulación de la imputación y para la imposición de la medida de aseguramiento. Frente a lo primero, la Corte estima que es perfectamente constitucional la legalización de la captura en ausencia del procesado, porque de esa forma se logra un equilibrio entre los intereses del procesado, que son vigilados y protegidos por el juez de control de garantías, y el cumplimiento del plazo perentorio de 36 horas que para esa actuación impone la Carta Política. En esta materia, la Corte fue enfática al señalar que:

“la Sala considera que es válido constitucionalmente que el legislador adopte como medida excepcional la legalización de la captura sin la presencia del detenido cuando se trata de situaciones también excepcionales, como las reguladas en la disposición acusada: estado de inconsciencia y la grave enfermedad que impida el ejercicio del derecho material, en tanto que de esta forma

[41] Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[42] Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

logran conciliarse los derechos en tensión sin que se sacrifique en mayor medida un derecho para lograr la eficacia del otro. En efecto, desde la perspectiva de los derechos del capturado se tiene que aunque se reduce el grado de eficacia de su derecho a la defensa, este no resulta anulado porque se mantiene su derecho a la defensa técnica y queda incólume el derecho fundamental a que un juez revise la legalidad y constitucionalidad de la captura dentro de las 36 horas siguientes a la misma. De igual manera, desde la perspectiva de los deberes y responsabilidades del Estado, con la formalización de la captura se define la situación jurídica del detenido y se evita el limbo en que pudiera encontrarse quien aparece *sub iudice* frente al Estado sin la autorización jurídica para el efecto. Luego, con la medida analizada se logra proteger el derecho del capturado a la valoración judicial de la detención, sin que se sacrifique gravemente el derecho a la defensa del capturado porque se conserva la defensa técnica como un instrumento de validez de la diligencia^[43].

Situación bien distinta es la de la formulación de la imputación y la imposición de medida de aseguramiento, pues la inasistencia del procesado a esas diligencias sí conculca gravemente el derecho a la defensa. Según tiene sentado la Corte, la audiencia de formulación de la imputación cumple el propósito de servir de medio de defensa, en la medida que con ella se garantiza que el imputado pueda conocer con precisión los hechos por los cuales se le investiga y preparar su defensa para un eventual juicio. La ausencia del procesado en esa diligencia le priva de la posibilidad de conocer la imputación que se hace en su contra, y en esa medida se le reducen las posibilidades de ejercer adecuadamente su actividad defensiva, mediante la búsqueda de elementos exculpatórios que puedan liberarlo de responsabilidad en un eventual juicio.

Por otra parte, la imposición de medida de aseguramiento es una decisión compleja que le exige al funcionario judicial valorar no solo la gravedad de la conducta, sino también las condiciones personales del

[43] Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

imputado. El pronóstico sobre la peligrosidad del agente requiere que el juez de control de garantías pueda acceder a información relativa a la persona del procesado, así como a sus condiciones sociales, económicas y familiares. Al realizarse la audiencia de imposición de medida de aseguramiento sin la presencia del procesado, no solo se le niega a él la posibilidad de presentar pruebas y argumentos para desvirtuar los presupuestos formales y/o materiales de la detención preventiva, sino que además se le limita al juez de control de garantías la posibilidad de acceder a información relevante para adoptar una decisión ajustada a derecho. La presencia del procesado es importante para garantizarle sus derechos de defensa y contradicción, y también para asegurar que el funcionario judicial cuente con todos los elementos de juicio necesarios, en orden a determinar si resulta procedente la imposición de una medida con semejantes connotaciones sobre la libertad individual. A este respecto, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“La inasistencia del indiciado a las audiencias de formulación de imputación e imposición de la medida de aseguramiento porque se encuentra en estado de inconsciencia al que entró después de la privación de la libertad o porque se encuentra en estado de salud que le impida ejercer su defensa material, evidentemente afecta sus derechos a la valoración de su situación física por parte del juez de control de garantías y de defensa material porque le perturba el ejercicio de la autodefensa en dichas diligencias y le limita la posibilidad de exponer razones para evitar la restricción de su derecho a la libertad”^[44].

Por otra parte, el artículo 18 de la Ley 1142 también incorporó un nuevo párrafo – el párrafo 3º – al artículo 289 de la Ley 906. Esta norma dispone que en aquellos eventos en los que sea imposible trasladar el capturado ante el juez de control de garantías, el Fiscal debe expedir, dentro de las 36 horas que la ley prevé para la legalización de la captura, una constancia respecto de los motivos por los cuales es imposible el traslado del capturado y un compromiso de presentarlo tan pronto como esa circunstancia sea superada. Cuando la Fiscalía

^[44] Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

emita la constancia a que se refiere esta norma, es posible realizar válidamente la audiencia de legalización de la captura después del término de 36 horas que señala la ley. Y para evitar el uso abusivo e indiscriminado de esa facultad, la norma dispone que: "El fiscal asumirá las responsabilidades penales y disciplinarias que correspondan en caso de faltar a la verdad".

En el curso del proceso dentro del cual se estudió la constitucionalidad de esta disposición, la Procuraduría General de la Nación, el Instituto de Derecho Procesal y los demás intervinientes, con excepción de la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio del Interior y de Justicia, consideraron que la norma debía ser declarada inexecutable. A juicio de estos sujetos, la norma constitucional es muy clara y perentoria al señalar que el término para poner a disposición de los jueces la persona capturada es de 36 horas. Ya que el artículo 18 de la Ley 1142 es de inferior jerarquía, este no puede ampliar el término fijado por una norma superior como el artículo 28 de la Constitución Política^[45], menos aun cuando la ampliación de este término conlleva una limitación de derechos fundamentales.

Para resolver sobre la exequibilidad de la norma, la Corte Constitucional consideró que la norma acusada resiste diversas interpretaciones. Una de ellas es la que hicieron los diferentes intervinientes que solicitaron la declaratoria de inexecutable, y que se contrae a que la audiencia de legalización de la captura podría hacerse válidamente aun después del plazo de 36 horas previsto en la Constitución con la constancia emitida por la Fiscalía. Sin embargo, la Corte observa que es también posible otra interpretación, consistente en que la norma permitiría que la audiencia de legalización de la captura se hiciera sin la presencia del capturado, pero dentro del mismo término de 36 horas, con la sola presencia del Ministerio Público y el defensor.

^[45] Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En criterio del tribunal constitucional, la interpretación correcta de la norma acusada es esta última, y por eso la tomó como punto de partida para estudiar su constitucionalidad:

Para la Sala, esa disposición autoriza al juez de control de garantías a realizar la diligencia de legalización de la captura dentro de las 36 horas siguientes a ella, sin la presencia del indiciado, pero con base en la constancia que haga la Fiscalía General de la Nación respecto de los motivos que imposibilitaron el traslado, ya sea por las distancias, la dificultad en las vías de acceso, los desplazamientos y el orden público. A esa audiencia asiste el defensor de confianza o el defensor público y el Ministerio Público. De todas maneras, cuando fuere posible, debe dejarse al capturado a disposición del juez de control de garantías. De un lado, la Fiscalía podrá formular imputación y solicitar medida de aseguramiento y; de otro, el capturado tiene la posibilidad de allanarse a la imputación.

Luego de aclarar cuál de las diversas interpretaciones de las que es susceptible la norma es correcta, la Corte procedió a estudiar si la norma demandada desconocía preceptos constitucionales. Según dejó expresamente sentado en su sentencia, la corporación estimó que el parágrafo 3° del artículo 289 de la Ley 906 desconocía normas superiores relacionadas con la prevalencia del derecho a la defensa del capturado, y el deber del Estado de ponerlo a disposición de los jueces en el término impostergable de 36 horas. Para la Corte no es constitucional la norma que permite a las autoridades realizar la audiencia de legalización de la captura sin la presencia del procesado, por el hecho de existir circunstancias geográficas o de otra índole que dificulten su traslado. La Corte considera que es deber del Estado garantizar la administración de justicia en todo el territorio nacional, y por consiguiente es el Estado el que debe proveer los medios necesarios para que los jueces de control de garantías sean accesibles desde cualquier lugar del territorio. No es constitucional trasladar al procesado la carga de soportar una limitación a su derecho a la defensa, por el prurito de que el Estado no está en condiciones de cumplir su deber constitucional de garantizar el acceso a la administración de justicia desde cualquier lugar del territorio.

Por otra parte, la Corte estima que la afectación que sufre el derecho de defensa del procesado es grave. Y ello no solo porque la distancia a la que puede llegar a encontrarse el procesado del lugar en el que eventualmente se realizará la audiencia de legalización de la captura impide que pueda ejercer su derecho de defensa material llegando incluso a restringirle la posibilidad de designar un defensor de confianza que lo asista, sino porque además le impide al juez de control de garantías acceder a todos los elementos de juicio que se necesitan para realizar un control de legalidad materia sobre la captura. Una legalización de la captura realizada sin la presencia del procesado, no pasa de ser un control formal que además lesiona el principio de igualdad de armas en el proceso penal, por cuanto el capturado se encuentra en evidente desventaja debido a su ausencia:

Claramente, esta hermenéutica afecta el derecho a la defensa material del capturado y pone en riesgo los derechos a la vida e integridad del mismo, pues permite que el juez solamente realice el control de legalidad de la aprehensión de manera formal y no material, como quiera que no tiene a su alcance todos los elementos de juicio suficientes para llegar a una decisión contundente.

(...) Debe tenerse de presente que, en la mayoría de los casos, el control de legalidad sobre la captura se realiza en situaciones de flagrancia en donde el juez debe realizar una valoración fáctica de los requisitos de inmediatez, actualidad y plena identificación del delincuente como condiciones *sine qua non* para que se configure. De este modo, la presencia física del capturado en esa diligencia resulta fundamental para el ejercicio de su derecho a la defensa material (...)

Según esta interpretación, la legalización de la captura, la formulación de la imputación y la imposición de medidas de aseguramiento podrán hacerse por el juez de control de garantías sin la presencia del imputado, pero con la asistencia del defensor de confianza o el abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública. No obstante, la especial situación en la que se encuentra el capturado —privado de la libertad en un lugar lejano, con dificultad en las vías de acceso o en el desplazamiento, o en un sitio con problemas de orden público— hace

que la designación de un abogado de confianza sea muy difícil y prácticamente imposible que direcciona la defensa y le informe todos los elementos de conocimiento necesarios y pertinentes para que la defensa técnica pueda ser tan eficaz como la defensa material. En consecuencia, también se afectaría el derecho del imputado a tener una adecuada defensa técnica.

A partir de estas consideraciones, la Corte Constitucional resolvió declarar inexecutable el parágrafo 3º del artículo 289 de la Ley 906, introducido por el artículo 18 de la Ley 1142.

8. LA PELIGROSIDAD DEL AGENTE

Finalmente, la Ley 1142 introdujo también una importante reforma en lo concerniente a los criterios sustanciales para la determinación de la procedencia de la detención preventiva. El artículo 308 de la Ley 906 establece que la detención preventiva como medida de aseguramiento procede cuando existen elementos materiales de prueba o evidencias físicas, de los cuales se desprenda que el imputado representa un peligro para la comunidad o para la víctima. En concordancia con esta disposición, originalmente el artículo 310 de esa ley había estipulado que:

“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*
- 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
- 3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
- 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional”.*

Como se desprende de su tenor literal, el artículo 310 de la Ley 906 exigía para la estimación de la peligrosidad del agente valorar la

gravedad del hecho, la pena imponible y la concurrencia de alguna de las otras circunstancias descritas en esta norma. En este sentido, era obligación del juez de control de garantías, al momento de estudiar la solicitud de imposición de detención preventiva presentada por la Fiscalía, valorar si concurría en el imputado alguna de las cuatro circunstancias enumeradas en la norma. La gravedad del hecho y la pena imponible no eran criterios suficientes para la imposición de la detención preventiva. Además de estos dos criterios, la determinación de la concurrencia o no de alguna de las otras cuatro circunstancias contenidas en la norma era un imperativo de obligatorio cumplimiento para el juez, a la hora de resolver sobre la procedencia de la medida restrictiva de la libertad.

A juicio del Fiscal General de la Nación, y del Ministro del Interior y de Justicia, autores del proyecto, el artículo 310 imponía a la Fiscalía una carga probatoria que no siempre era posible cumplir. Dado que la norma no le permitía al juez de control de garantías imponer la detención preventiva tomando en cuenta solamente la gravedad de la conducta y la pena imponible, sino que lo obligaba a tomar en cuenta la concurrencia de alguna de las otras cuatro circunstancias allí enumeradas, la Fiscalía tenía la carga de exhibir pruebas que acreditaran que en el imputado concurría alguno de esos supuestos. La carga probatoria impuesta a la Fiscalía no siempre podía satisfacerse, y en consecuencia el imputado recobraba la libertad por improcedencia de la detención preventiva. En criterio de los autores de la iniciativa, la ley no debería exigir que el pronóstico de la peligrosidad del agente estuviera dado por una serie de criterios fijos cuya demostración fuera obligatoria para el ente acusador, sino que debería abrirse la posibilidad de acudir a cualesquiera otros criterios diferentes. Según se sostuvo en la exposición de motivos, esta propuesta es consecuente con algunos instrumentos de derecho internacional relativos a los principios mínimos de la administración de justicia:

“La detención preventiva, de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe ser excepcional, necesaria y racional (C- 774 de 2001). En razón de ello, no solo se sujeta a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación

del imputado, sino igualmente a la consecución de los fines del proceso, conforme con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, en punto a la protección de la comunidad y las víctimas, como uno de los fines del proceso que garantiza la medida de detención, la práctica ha mostrado que la gravedad y la modalidad de los hechos ha pasado a un segundo plano en el examen de riesgo, frente a la exigencia de que la fiscalía necesariamente debe llevar a la respectiva audiencia elementos materiales probatorios o información que indique la pertenencia del imputado a una organización criminal o la continuación de la actividad delictiva o la pluralidad de delitos imputados o la existencia de investigaciones pendientes o sentencias condenatorias vigentes. Estas últimas circunstancias no siempre se presentan en un caso, a pesar de que, en virtud de la dinámica de los hechos, pueden resultar alarmantes la gravedad y modalidad de la única conducta punible (verbigracia un secuestro extorsivo o un hurto calificado cometido por varias personas, sin que pueda sugerirse organización criminal).

Se recuerda que las Reglas de Mallorca de la Organización de las Naciones Unidas, como principios mínimos para la Administración de Justicia Penal, establecen en la Regla 16 que 'las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de las pruebas y que, en todo caso, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado'.

Así entonces, lo ideal es que el pronóstico de riesgo para la comunidad y la víctima surja de un examen conjunto del mayor número de circunstancias previstas en el artículo 310^[46].

El artículo 24 de la Ley 1142 reformó el primer inciso del artículo 310 de la Ley 906, en el sentido que la gravedad y la modalidad

^[46] Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

de la conducta punible serían suficientes para la determinación de la peligrosidad del agente. Los otros cuatro criterios enumerados en esa norma, cuya determinación era condición ineludible para la detención preventiva, se mantuvieron dentro de la redacción de esta nueva norma, pero ahora su verificación es opcional para el juez de control de garantías. Dependiendo de las circunstancias, el juez de control de garantías ahora podría fundamentar el pronóstico de peligrosidad del imputado en la gravedad de la conducta o en su modalidad. No se requeriría para la imposición de una detención preventiva que concurra en el imputado alguna de las cuatro circunstancias descritas en la norma. La nueva redacción del artículo 310 de la Ley 906 es la siguiente:

Artículo 310. Peligro para la comunidad. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*
- 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
- 3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
- 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional”.*

Esta es tal vez una de las reformas más polémicas, pues si se le analiza concienzudamente, la modificación introducida por el artículo 24 de la Ley 1142 es susceptible de algunos reparos:

En primer lugar, el carácter de *ultima ratio* nos indica que solo las conductas gravemente peligrosas deberían ser objeto de control por parte del derecho penal. Entre otras cosas, porque la gravedad de la injerencia que tienen las consecuencias penales en las libertades funda-

mentales, amerita que la aplicación del derecho penal sea excepcional, en el sentido de estar referida sólo a aquellas conductas que no pueden ser controladas apelando a otras ramas del ordenamiento jurídico (por ejemplo, el derecho administrativo sancionador, el derecho civil, el derecho laboral etc.). Por esta razón, la gravedad y la modalidad de la conducta punible no parecen ser los criterios adecuados para la determinación de la peligrosidad del agente, pues si se tiene en cuenta que todas las conductas descritas en la ley penal son peligrosas para la comunidad, entonces todos los procesados, sin excepción, deberían ser considerados peligrosos y quedar sometidos a la detención preventiva como medida de aseguramiento. Si se piensa que *peligrosa* es la persona que realiza conductas peligrosas, y se admite que las conductas descritas en la ley penal están allí debido a su peligrosidad, entonces debería concluirse, en sana lógica, que todas las personas que realizan conductas descritas la ley penal son peligrosas, y que por ende todas ellas deberían ser sometidas a detención preventiva.

En realidad ello no es así. No todas las personas que cometen una conducta punible son peligrosas. De hecho, ni siquiera las personas que realizan aquellos delitos que bajo el lente de la Ley 1142 se consideran como "graves" son necesariamente peligrosas. Si algo nos enseñó el positivismo criminológico italiano del siglo XIX es que existen diferentes tipos de criminales. Hay sujetos que pese a realizar conductas realmente aberrantes no representan una amenaza para la sociedad. Piénsese por ejemplo en un delincuente pasional: un ciudadano modelo que ante una específica coyuntura emocional (una infidelidad, por ejemplo) sufre un impulso incontrolable que lo empuja a causarle conscientemente la muerte a otro individuo. Podría tratarse de un sujeto que en realidad no representa un riesgo para la comunidad, porque pese a la gravedad de su delito las circunstancias que lo empujaron a cometerlo son tan irrepetibles, que las probabilidades de que vuelva a delinquir son casi inexistentes. La realidad humana es tan rica y tan abundante, que el pronóstico de la peligrosidad del agente exige un estudio que abarque aspectos tan disímiles del agente como su salud psíquica, su entorno socioeconómico, su arraigo en la comunidad, sus antecedentes, etc. Por estas razones, creo que el legislador se equivocó al afirmar que la gravedad y la modalidad de la conducta son suficientes para estimar la peligrosidad del agente.

El hecho de que una conducta esté tipificada en la ley puede decirnos mucho sobre su peligrosidad o lesividad para la comunidad, pero nos dice muy poco sobre la peligrosidad del agente. La gravedad y modalidad de la conducta es suficiente para determinar la peligrosidad del comportamiento realizado por el agente, pero nunca será suficiente para determinar si el agente es o no peligroso. La peligrosidad del agente debe ser un juicio concreto sobre la situación personal particular del individuo, y no un juicio abstracto derivado de la gravedad de su comportamiento.

En segundo lugar, los argumentos expuestos por los autores de la iniciativa esconden una contradicción jurídica muy grave. Aun cuando la norma no lo diga expresamente es claro que la referencia a que la gravedad y modalidad de la conducta son suficientes para determinar la peligrosidad del agente, contiene una presunción contraria a los principios que han inspirado el derecho penal desde las revoluciones liberales del siglo XVIII. El primer inciso del nuevo artículo 310 de la Ley 906 contiene una presunción de peligrosidad deducida, no de la gravedad de la conducta sino del *nomen juris* del tipo penal.

El artículo 310 *Ibidem* sostiene que la gravedad de la conducta punible es suficiente para determinar la peligrosidad del imputado, pero no le ofrece al funcionario elemento de juicio alguno útil para establecer cuando una conducta es grave. Interpretando en forma sistemática los artículos 310 y 314 de la Ley 906, parece claro que las conductas graves a que se refiere el legislador, abarcan como mínimo las relacionadas en el parágrafo del artículo 314 de la Ley 906, pues es para esas conductas que se proscribió el otorgamiento de beneficios como la libertad provisional o la detención domiciliaria. Los autores de la iniciativa manifestaron explícitamente que los delitos relacionados en el nuevo parágrafo del artículo 314 no podían ser susceptibles de beneficios porque se trataba de conductas peligrosas "que afectan gravemente las bases de la convivencia y la seguridad comunitaria"¹⁴⁷¹. En consecuencia, me parece lógico concluir que las conductas "graves" a

¹⁴⁷¹ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.

las que se refiere el artículo 310 incluyen, como mínimo, las conductas relacionadas en el nuevo párrafo del artículo 314.

Si se admite que los delitos relacionados en el nuevo párrafo del artículo 314 deben quedar incluidos dentro de las conductas "graves" a que se refiere el artículo 310, entonces puede concluirse que cuando el funcionario judicial se encuentre en presencia de una persona a quien se imputa la comisión de uno de esos delitos, este puede decir que la conducta es grave y por consiguiente que ello es suficiente para deducir la peligrosidad del agente. Dicho en otras palabras: la ley le indica al funcionario que los delitos relacionados en el párrafo del artículo 314 son graves, y al mismo tiempo le indica que la gravedad de la conducta es suficiente para deducir la peligrosidad del agente; ergo, lo que la ley hace en definitiva es indicarle que las personas presuntamente responsables de alguno de los delitos previstos en el párrafo del artículo 314 son peligrosas.

Aun cuando la norma no lo diga en forma explícita, en mi criterio lo que allí se encuentra es una auténtica presunción de peligrosidad. Y se trata de una presunción construida a partir del *nomen juris* de la conducta (homicidio, tráfico de inmigrantes, acceso carnal, violencia intrafamiliar, etc.), y no una construcción racional a partir de las consecuencias ético-sociales del ilícito. Nótese que, en la práctica, el solo hecho de que la imputación sea formulada por alguno de los delitos relacionados en el párrafo del artículo 314 es suficiente para que el juez de control de garantías presuma la peligrosidad del agente, en virtud de la gravedad que reviste la conducta atribuida.

Evidentemente, una suposición de peligrosidad como esta es contraria a la presunción de inocencia prevista no solo en la propia Ley 906, sino además en el artículo 29 de la Constitución Política. Por esta razón, en la sentencia C-1198 del 4 de diciembre de 2008, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

"Así, la preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no

atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuáles son realmente las conductas graves.

A la par, se desconoce que en ejercicio de la libertad de configuración que posee el legislador para determinar los eventos en los cuales es procedente privar de manera preventiva a una persona de su libertad, se ha indicado que para la solicitud de la misma también se debe sustentar su urgencia y que toda disposición contenida en el Código de Procedimiento Penal que permita esa clase de privaciones deben ser interpretadas restrictivamente (arts. 306 y 295 de la Ley 906 de 2004, respectivamente)".

No obstante lo anterior, la Corte consideró que no era conveniente declarar la inexecutable de los apartes demandados del artículo 24 de la Ley 1142, porque al suprimir la expresión "será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta", o las expresiones "sin embargo" y "podrá" contenidas en esa disposición, la norma sería incomprensible y ambigua. Por esta razón, la corporación resolvió declarar la exequibilidad condicionada de la norma en los siguientes términos:

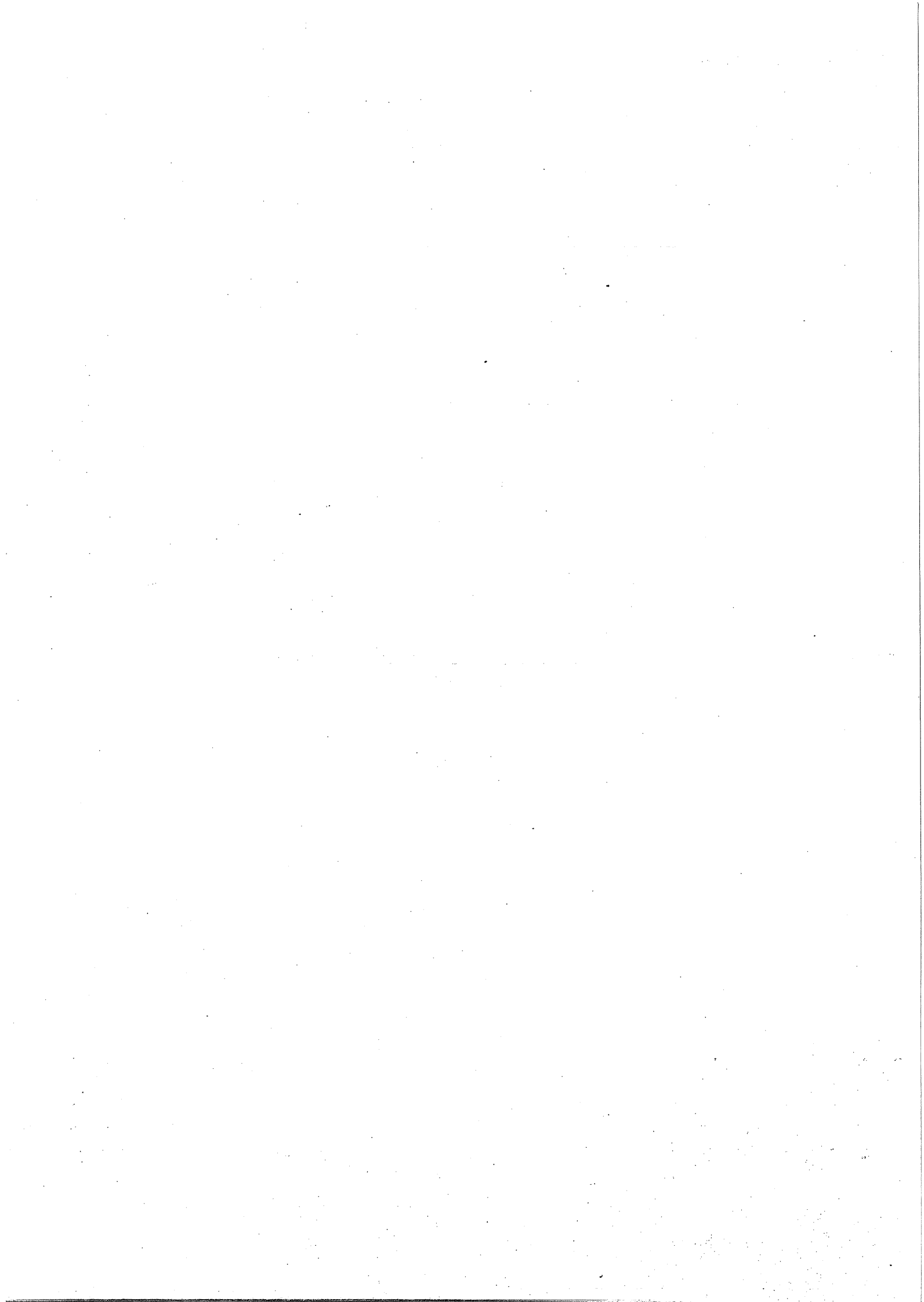
"Declarar exequible el aparte 'será suficiente la gravedad y modalidad de la punible (sic). Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias', contenido en el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 30 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que para determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible, el juez debe valorar si se cumplen los fines constitucionales de la detención preventiva señalados en los artículos 308 y 310 de la Ley 599 de 2000".

En conclusión, puede decirse que en la actualidad la gravedad y modalidad de la conducta son válidos como criterios para la determinación de la peligrosidad del procesado, solo en el entendido que no pueden ser los únicos criterios tenidos en cuenta por el juez de control de garantías para imponer la detención preventiva como medida de aseguramiento, sino que estos deben ser considerados junto con los demás criterios señalados en la ley para estimar la necesidad, proporcionalidad, gradualidad y razonabilidad de la medida.

FUENTES CONSULTADAS

1. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial N° 44.097, de 24 de julio del 2000.
2. Ley 600 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial N° 44.097, de 24 de julio del 2000.
3. Ley 890 del 7 de julio de 2004. Diario Oficial N° 45.602, de 7 de julio de 2004.
4. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Diario Oficial N° 45.658, de 1 de septiembre de 2004.
5. Ley 1142 del 28 de junio de 2007. Diario Oficial N° 46.673, de 28 de julio de 2007.
6. Proyecto de Ley N° 81 de 2006- Senado de la República. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006
7. Proyecto de Ley N° 23 de 2006- Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso N° 250 de 2006.
8. Texto del Proyecto de Ley N° 81 de 2006 para primer debate Senado de la República. Gacetas del Congreso N° 418 de 2006
9. Texto del Proyecto de Ley N° 81 de 2006 para segundo debate Senado de la República Gaceta del Congreso N° 124 de 2007.
10. Texto del Proyecto de Ley N° 81 de 2006 para aprobación plenaria Senado de la República. Gaceta del Congreso N° 331 de 2007.
11. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 24152. Sentencia del 20 de octubre de 2005. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

12. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 28836 del 28 de noviembre de 2007. M.P. Javier Zapata Ortiz.
13. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 30363. Sentencia del día 4 de febrero de 2009. M.P. Maria del Rosario González.
14. Corte Constitucional. Sentencia C-873 del 30 de septiembre de 2003. M.P. Manuel José Cepeda.
15. Corte Constitucional. Sentencia C-730 del 12 de julio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.
16. Corte Constitucional. Sentencia C-163 del 20 de febrero de 2008. M.P. Jaime Cordova Triviño.
17. Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
18. Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 9 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
19. Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
20. Corte Constitucional. Sentencia C-1198 del 4 de diciembre de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.



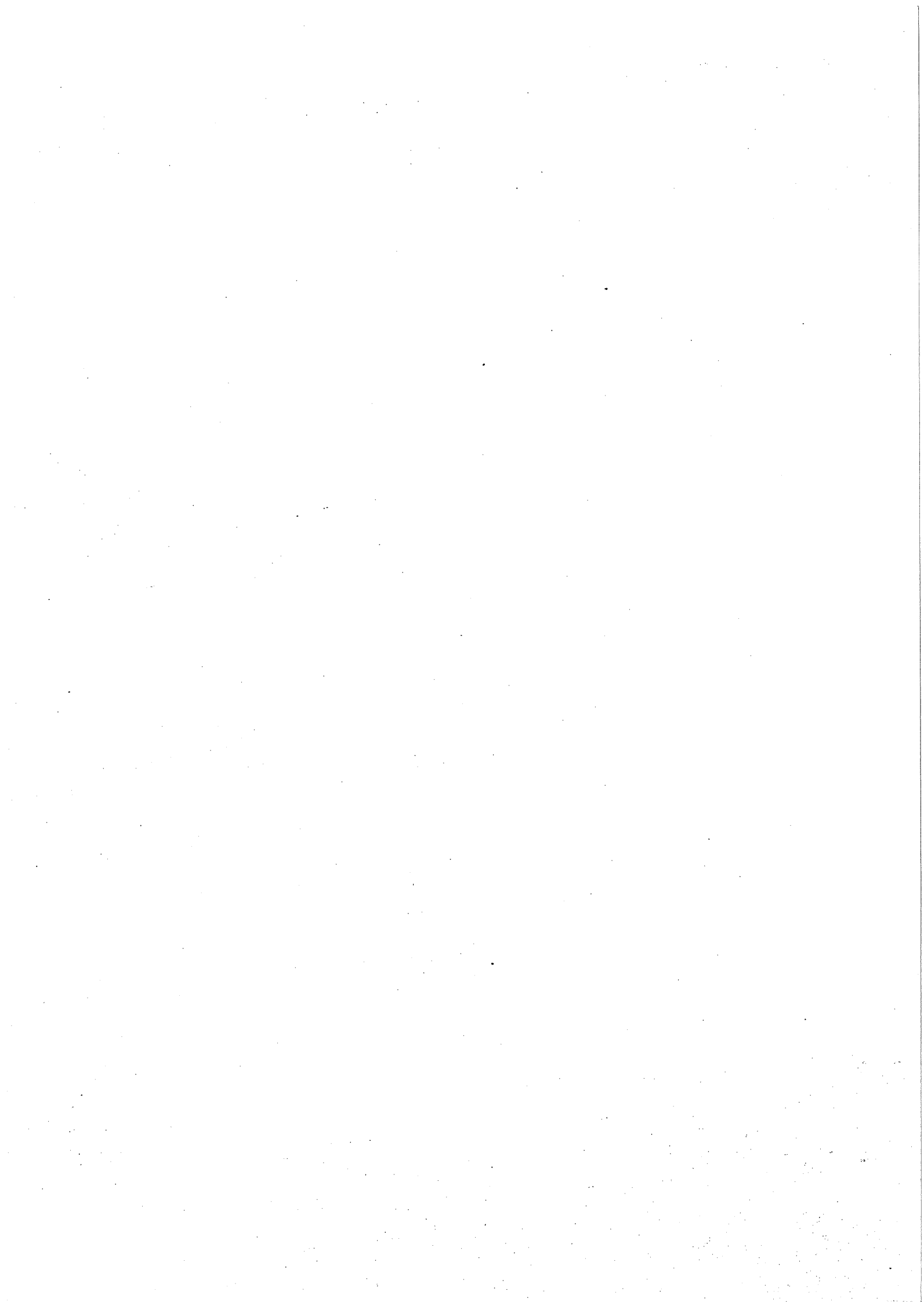
PARTE II

I NSTITUCIONES DEL NUEVO P ROCESO P ENAL

LA VIDEOVIGILANCIA

Fany Soledad Quispe Farfán^()*

^(*) Fiscal Provincial Penal Titular de Lima, Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesora de postgrado, U. San Martín de Porres.



Hoy, vivimos un mundo diferente al que vivieron nuestros padres. La existencia de cámaras de seguridad en las calles, por un lado, nos brinda una sensación de seguridad y por otro lado, la sensación de sentirnos vigilados.

La percepción de vivir inseguros nos lleva a buscar mecanismos de seguridad. Esta situación social ha sido denominada como *sociedad de riesgo*, por el sociólogo Ulrich Beck^[1], definida como “el de un futuro de inseguridades permanente”, frente a los peligros de la tecnología, ambientales, laborales, etc.

Este miedo causado por los nuevos riesgos ha provocado respuestas políticas, que han terminado incluso por subvertir los fundamentos del derecho penal liberal^[2]. No es ajeno a nosotros que las últimas reformas penales tienden a privilegiar la seguridad.

Dichas respuestas a los reclamos ciudadanos se han concretado en una inevitable expansión del Derecho Penal^[3] y en modelos de derecho penal de la seguridad que contravienen la mínima intervención preconizada por el garantismo^[4].

[1] Cfr. BECK, Ulrich. “De la Sociedad Industrial a la Sociedad de Riesgo”. EN: Revista de Occidente, Nº 150, Madrid, 1993.

[2] Cfr. RIVERA BEIRAS, Iñaki. “Historia y Legitimación del Castigo, ¿hacia donde vamos?”. EN: Sistema Penal y problemas Sociales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp.119-123.

[3] SILVA, Jesús María. *Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1999.

[4] Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la Sociedad de Riesgo*, señala que dentro de los que se pueden calificar como propulsores de un derecho penal de

Se ha descrito además el momento actual de nuestra sociedad, como una *sociedad de información*. Este concepto fue introducido en el año de 1973 por el sociólogo estadounidense Daniel Bell en su libro *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, donde el eje principal “será el conocimiento teórico y advierte que los servicios basados en el conocimiento habrán de convertirse en la estructura central de la nueva economía y de una sociedad apuntalada en la información, donde las ideologías resultarán sobrando”^[5].

Hoy se afirma que esta capacidad de generar y acumular grandes cantidades de información, así como las facilidades de acceso en la comunicación de la misma, “es lo que desencadena una serie de transformaciones sociales, económicas y culturales que conducen a que la sociedad de la información cobre formas y características propias, marcadamente distintas de cualquier otro estadio y, desde luego, diferente a sus antecesora, la sociedad post-industrial”^[6].

¿Cuál es la relación entre sociedad de riesgo y sociedad de información? Una es la contraparte de la otra, pues vigilar es también almacenar datos. El lado oculto de “la sociedad de la información” es la “sociedad de la vigilancia y el castigo”^[7].

Actualmente, el término panóptico se ha expandido y se utiliza para señalar que la sociedad actual tiende a un tipo de vigilancia que se evidencia, por ejemplo, en el registro visual de nuestra existencia y nuestros actos a través de las videocámaras, también llamado sistema de videovigilancia.

la seguridad, no existe un bloque uniforme, pues distingue: el derecho penal de la seguridad como una de las condiciones de riesgo (Kindhauser), el derecho penal como control global (Kratzsch) y las posturas funcionalistas (Jakobs y Mussing).

^[5] BURCH, Sally, “Sociedad de la información/ Sociedad del conocimiento”. EN: <<http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/obsiberprome/socinfocon.pdf>>.

^[6] AGUADERO Fernández. “La sociedad de información”. EN: Reusser Monsálvez, Carlos Patricio. *¿Qué es la sociedad de la información?*. EN: <http://www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=13077>.

^[7] ISLAS, Octavio y GUTIÉRREZ, Fernando. “Utopía y panóptico de la Sociedad de la Información”. EN: *Internet, utopía y panóptico de la Sociedad de la Información*, N° 14, 2004.

1. LA SOCIEDAD PANÓPTICA Y EL USO DE LA VIDEOVIGILANCIA COMO PREVENCIÓN DEL DELITO

Pan-opticon, significa visión total. Este concepto fue introducido por Jeremías Bentham al diseñar, en 1791, el panopticon, un centro penitenciario, en el cual se podía observar a todos los prisioneros sin posibilidad de ser visto. Era un lugar en forma de anillo, que tenía en el medio un patio con una torre, donde se encontraba un vigilante.

Jeremy Bentham definió al panóptico como la “forma arquitectónica que permite un tipo de poder del espíritu sobre el espíritu, una especie de institución que vale tanto para las escuelas como para los hospitales, las prisiones, los reformatorios, los hospicios o las fábricas”. La vigilancia, dentro del panoptismo, desempeña un rol destacado y su objetivo fundamental es “vigilar a los individuos antes de que la infracción sea cometida”. Por eso se la simboliza por un ojo siempre abierto^[8].

Actualmente, en los espacios públicos, el mecanismo de control más utilizado es la videovigilancia, esto es, la implementación de cámaras de video para registrar lo que acontece día a día y a controlar la sensación de inseguridad de las calles:

“[En] tanto que percepción subjetiva, el miedo a la criminalidad se orienta selectivamente hacia las formas más visibles de delincuencia –violencia callejera, doméstica, terrorista... –, a menudo representadas por sectores sociales marginales, –jóvenes pertenecientes a tribus urbanas, desocupados que mendigan o vagabundean, inmigrantes ilegales...– . Son los estereotipos de criminal, portadores simbólicos de esa amenaza sentida para la paz individual. En cuanto tales, la inquietud y el temor que provocan en el seno de la sociedad raras veces se apoyan en una base real porque no son sus agresiones objetivas las que computan sino su representación en la imaginación social”^[9].

^[8] NIETO SANTOS, M^a del Carmen, *Espacios pervertidos*. Auschwitz: la otra realidad. En: <<http://www.redvisual.net/pdf/26.pdf>>.

^[9] MAQUEDA ABREU, María Luisa. “Políticas de Seguridad y Estado de Derecho”. PÉREZ ÁLVAREZ F. (Coord), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

El uso de cámaras en la ciudad se vuelve cotidiano y tolerable, pues somos vigilados de modo permanente, sin que nos percatemos de ello, por lo que se suele decir que nos hemos convertido en una sociedad panóptica.

La sola instalación de cámaras de filmación, aun cuando no se encuentren realmente operativas, conlleva a la sensación de control, imitando de esta manera el modelo del *Panopticon*, donde lo esencial es que se sepa vigilado.

“Para ello Bentham ha sentado el principio de que el poder debía ser visible e inverificable. *Visible*: el detenido tendrá sin cesar ante los ojos la elevada silueta de la torre central de donde es espiado. *Inverificable*: el detenido no debe saber jamás si en aquel momento se le mira; pero debe estar seguro de que siempre puede ser mirado”^[10].

A todo esto, uno se pregunta si la *videovigilancia* es negativa o es un medio adecuado de prevención al delito. Probablemente el discurso de la seguridad sea muy persuasivo, pues la instalación de videocámaras en espacios públicos nos permiten registrar lo que pasa en las calles: desórdenes públicos, robos, lesiones, tráfico de drogas, etc., funcionando también como un medio de prevención del delito. Al respecto, el profesor ROXIN señala:

“También la vigilancia por video de zonas peligrosas la considero como un medio adecuado de prevención del delito. Se puede objetar que vigilar mucho produce un efecto intimidatorio y especialmente es un medio preferido en las dictaduras. Pero esta es una forma de reflexión indiferenciada. Pues no se trata de un medio como el de las dictaduras empleadas para la vigilancia política sino para el control criminal (...)”^[11].

[10] FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI Editores, 2005, p. 205.

[11] ROXIN, Claus. “Problemas actuales de la política criminal”. EN: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/59/pr/pr22.pdf>>.

Realizar modificaciones del entorno con el fin de evitar que la persona delinca, es lo que se conoce actualmente como prevención situacional del delito, pues:

“tiende a reducir las oportunidades e incentivos para los transgresores, maximizando los riesgos de que sean atrapados y minimizando los beneficios del delito mediante técnicas como el diseño ambiental satisfactorio de los espacios públicos y la vivienda, y la prestación de asistencia a las víctimas”^[12].

Ronald Clarke, en su *Situational Crime Prevention* describió las estrategias de vigilancia como un importante instrumento en el marco de la prevención situacional del delito^[13] y que se pueden resumir en: a) incrementar el esfuerzo del infractor (hacer que le cueste más); b) aumentar el riesgo percibido (mayor probabilidad de detección); c) reducir el beneficio esperado de la comisión del delito; d) reducir las situaciones que puedan incitar a delinquir; y e) eliminar las excusas que se utilizan para justificar el delito.

De ese modo, pareciera que la instalación de cámaras de video en lugares públicos crea un efecto disuasivo hacia las personas e influye en el comportamiento, pues existe el temor a ser sorprendido.

“El sujeto se despolitiza, se desactiva como individuo si se paraliza por el temor a que su actividad pueda ser interpretada como inapropiada. ‘Pueda ser’ ya es suficiente. Es un proceso psicológico sencillo. El hecho de conocer que existe una mera posibilidad de ser vigilado y acusado ya ha condicionado nuestra libertad de acción en el espacio público”^[14].

[12] UNOCDS. *Cómo hacer para que funcionen las directrices de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito*, 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal Salvador, Brasil, 12 a 19 de abril de 2010. EN: <http://www.cinu.mx/XIICongreso_ONUPrevencionDelito/docs/prevención%20del%20delito.pdf>.

[13] Cfr. PAZ CIUDADANA, Asociación Internacional de Analistas Delictivos. *Análisis delictual: enfoque y metodología para la reducción del delito*. EN: <http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20101129130944.pdf>.

[14] Díaz, Rubén. *Pensar la videovigilancia como debate para una construcción colectiva del espacio público*. EN: <http://www.zemos98.org/paneldecontrol/videovigilanciaespacio_publico_patrimonio.pdf>.

Sin embargo, el impacto real en la reducción de la criminalidad es mínimo. Así en el caso del Reino Unido existe un gran número de videocámaras (se ha calculado que una persona puede ser grabada por más de 300 cámaras al día) y dado la gran inversión dineraria que supone eso, se ha llegado a la conclusión, según un estudio reciente, de que los programas de uso de cámaras de videovigilancia "han tenido un resultado general limitado respecto los niveles de delincuencia"^[15].

2. LA VIDEOVIGILANCIA Y SU REGULACIÓN ACTUAL

Londres es la ciudad más videovigilada del mundo y ha logrado con el uso de cámaras resolver varios crímenes. Recordemos, que debido a una cámara de vigilancia del *Close Circuit Television (CCTV)* ubicada en un centro comercial, se identificó el rostro de los autores del secuestro y asesinato de un niño de dos años, por otros dos menores de 9 y 10 años. Asimismo, el presunto éxito de la videovigilancia británica se ha enarborlado con la identificación de los presuntos autores de atentados terroristas.

Es decir que la instalación de numerosas cámaras de filmación sirve ex post, como herramienta de investigación del delito, aún cuando no sirva eficientemente para reducir los índices de delincuencia.

De esa misma manera, en nuestro medio es común ver por las noticias robos en centros comerciales o en la calle registrados por cámaras de videovigilancia. Algunos sostendrán que está bien que la gente se entere que X es el ladrón, que es aceptable que se difundan imágenes de los delincuentes en acción y que siempre tendrá rating ver este tipo de grabaciones captadas por las videocámaras.

Sin embargo, no debemos olvidar que el uso de las cámaras privadas de videovigilancia involucra un deslizamiento del control del riesgo del Estado hacia los particulares y en una suerte de tolerancia social a las acciones contra determinadas personas que delinquen, las

^[15] TÉLLEZ VALDÉS, Julio. *La regulación jurídica de la videovigilancia bajo una perspectiva de derecho comparado*. EN: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2564/37.pdf>, p. 772.

mismas que no están limitadas por los derechos y garantías propios de un proceso penal.

Aunque es claro que la captación de una imagen no resulta suficiente para castigar, en la captación y difusión de una imagen se podría advertir una tendencia retroactiva hacia la presunción de culpabilidad, que aún subsiste contra personas estigmatizadas socialmente y, como correlato de las campañas de ley y orden, se sostiene que la cámara de vigilancia transforma a una persona en un objeto:

“(...) No discierne entre ‘tipos de infracciones’, no sabe valorar un contexto o una circunstancia. Orinar, beber alcohol, reunirse a jugar a las cartas en la vía pública o colgar una pancarta contra la precariedad laboral, se equiparan. De hecho, depende de a qué hora, con qué intención y cuántos individuos formen el grupo, son acciones que se consideran desafiantes.”^[16]

El desarrollo jurídico actual en torno al uso de la videovigilancia ha llevado a reconocer el derecho fundamental a la protección de la imagen como dato de carácter personal, por lo que la utilización de esta herramienta debe ser ponderada a efectos de la menor afectación a los derechos de las personas^[17]. Sin embargo, a pesar de la proliferación de cámaras, en muchos países la videovigilancia no ha sido aún objeto de una regulación legal específica.

En el caso de Europa, existen por un lado países que han regulado a través de normas el uso de la videovigilancia la necesidad de autorización previa por una autoridad de protección de datos; y, por otro lado, países que si bien no cuentan con disposiciones legales específicas, la autoridad encargada de la protección de datos garantizan su protección a través de dictámenes, directivas o códigos de conducta^[18].

^[16] DÍAZ, Rubén. *Pensar la videovigilancia como debate para una construcción colectiva del espacio público*, cit.

^[17] Dictamen 4/2004 relativo al Tratamiento de Datos Personales mediante Vigilancia por Videocámara. La regulación incluye el derecho de acceder a las grabaciones por parte de cualquier persona que haya sido registrada.

^[18] Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wp-docs/2002/wp67_es.pdf>. En Alemania, a través de la Ley Federal de Datos de

En diciembre de 2006, la Agencia Española de Protección de Datos impulsó una normativa que obliga a registrarse a todas las personas o empresas que cuenten con sistemas de videovigilancia. Aquellas entidades que quieran guardar imágenes (y crear un "fichero") deberán notificarlo a la agencia. En todo momento, quienes filmen deberán colocar distintivos con la leyenda "zona vigilada".

3. LA PERCEPCIÓN DE LA FLAGRANCIA A TRAVÉS DE LA VIDEOVIGILANCIA

El uso de cámaras de seguridad es un elemento potenciador de los sentidos a efectos de establecer la realización inmediata y actual del delito, es decir, la flagrancia.

"La percepción que una persona realiza del mismo no necesariamente se basa en el alcance normal de sus sentidos. Eventualmente el sujeto utilizará algún medio técnico que maximice el alcance de estos: desde un aparato auditivo para mejorar el sentido del oído, una cámara videográfica colocada en un centro comercial que permita observar las diferentes áreas –auxiliando el sentido de la vista–, hasta los ámbitos mismos de los sistemas informáticos y la percepción visual-auditiva de los hechos que en estos se suscitan"^[19].

Con la modificación del artículo 259 del CPP, introducida por la Ley N° 29569, del 25 de agosto del 2010, que redefinió el concepto de flagrancia hasta por 24 horas de producido el hecho punible, lo que contraviene la inmediatez que la caracteriza, se introdujo además la utilización de los medios audiovisuales o equipos que registren la imagen a efectos de determinar la flagrancia.

2001, se reglamentó el uso de la videovigilancia por parte de entidades privadas y autoridades federales como la policía y los servicios de inteligencia. En Italia, se estableció el llamado decálogo de la vigilancia por videocámara, del 29 de noviembre de 2000.

^[19] QUINTERO, María Eloísa y MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia. La percepción de la flagrancia; en especial, el uso de medios técnicos. En: <http://www.inacipe.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=352:la-percepcion-de-la-flagrancia-en-especial-el-uso-de-medios-tecnicos-autor-maria-eloisa-quintero-e-isabel-claudia-martinez-alvarez&catid=34:maria-eloisa-quintero&Itemid=154>.

4. LA EVIDENCIA EN VIDEO

La grabación en video es un tipo de evidencia demostrativa, es decir, aquella que no requiere de un objeto físico relacionado directamente con el caso, (por ejemplo, un arma), sino que es aquella que *demuestra* lo que pasó.

Una vez obtenido un video que se considera de interés para la investigación penal se inicia una serie de procedimientos a fin de lograr que el mismo pueda ser introducido en un futuro juicio.

La introducción de la evidencia se encuentra relacionada con cuatro características^[20]:

1. La autenticidad: La evidencia ha sido generada y registrada en un lugar relacionado con el caso y corresponde a la realidad, es decir, no ha sido alterada.

2. La confiabilidad: La evidencia proviene de una *f fuente que es creíble y verificable*.

3. La suficiencia: La evidencia establece relaciones entre los datos y eventos presentados

4. Conformidad con las normas jurídicas: La evidencia ha sido obtenida observando los procedimientos legales.

The Internet Society (2002) mediante las RFC^[21], ha establecido protocolos y directivas para el uso de la Internet, incluso muchas de ellas se toman como estándares por peritos informáticos, siendo de interés la RFC 3227 Directrices para la recolección y archivo de evidencia^[22], que contiene un conjunto de lineamientos sobre la recopilación y archivo de las pruebas, a efectos de que existan más posibilidades de ser admitidas en un proceso judicial y son de gran utilidad en el uso de grabaciones web.

[20] Cfr. < <http://www.alfa-redi.org/node/9368> >

[21] Por sus siglas en inglés (Request For Comments) a cargo de la IETF (internet Engineering Task Force)

[22] De autoría de D. BREZINSKI, T. KILLALEA. "Guidelines for Evidence Collection and Archiving, la RFC3227. En: <<http://www.normes-internet.com/normes.php?rfc=rfc3227&lang=es>>.

Es de destacar que en dichos protocolos se establece que no son admisibles la recolección de evidencia que: a) vulneren la intimidad o revelen información personal; b) vulneren o no se ajusten a las normativas legales o de seguridad de la empresa; c) que no puedan demostrarse que no han sido manipuladas.

En relación a este último aspecto, la llamada autenticación de un video, tiene que ver con el avance de la tecnología digital, por lo que muchas veces el "original", entendido como primer dato grabado, puede producir infinidad de copias que son admisibles como prueba^[23].

Sin embargo, esta misma tecnología digital permite que sea "editado para reorganizar la cronología de los acontecimientos descritos, distorsionan el paso del tiempo y muestran los eventos fuera de secuencia y el contexto. Si la cadena no es debidamente observada (por ejemplo, debido a una documentación inadecuada), el video puede ser 'arrojado fuera de los tribunales'"^[24].

Es por eso que los procedimientos de obtención de la evidencia deben ser muy cuidadosos y en el caso que nos ocupa, la autenticación del video debe establecer la forma en que fue grabado, ya sea a través del testigo que captó la imagen o a través del experto que de modo técnico acredite que las imágenes no han sido alteradas de modo impropio, dado que es permisible mejorar la calidad de la imagen siempre que no afecte su exactitud.

La importancia de la evidencia visual actualmente crece junto con el avance tecnológico, por lo que la incorporación en el juicio de este tipo de evidencia debe ser flexible si es que es pertinente en relación a su carácter demostrativo^[25].

^[23] Vid Informe de la Cámara de los Lores, sesión 1997-98, Quinto Informe del Comité Selecto sobre Ciencia y Tecnología de imágenes digitales como evidencia. En: <http://www.cctv-information.co.uk/i/Digital_Images_as_Evidence>.

^[24] CARELESS, James. Video evidence. EN: <http://www.cba.org/CBA/practicelink/leadership_technology/video_evidence.aspx>.

^[25] DEEHL, David L. y CARLSON, P.A. Demonstrative Evidence in Federal Court. EN: <<http://app.americanbar.org/tips/trial/Evidence.pdf>>.

5. LA VIDEOVIGILANCIA COMO HERRAMIENTA DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Independientemente de los problemas causados por la difusión de las imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia, es necesario referirnos al uso de dichos registros en el marco de una investigación criminal.

Es conocido el refrán de que una imagen vale más que mil palabras, es por ello que el avance de la ciencia nos proporciona cada día mejores herramientas para la vigilancia de las personas que incluso no requieren el contacto físico con el vigilado.

“La tecnovigilancia es, como la misma expresión indica, el sometimiento mediante dispositivos técnicos a control de las actividades de una persona –principalmente–, lugar u objeto preciso en una investigación penal, tanto para poder probar una actividad delictiva pasada (observar quién accede al cuadro robado, al depósito de armas descubierto, por ejemplo), como actual o futura (observar las actividades de sospechosos de un delito para ver si lo reiteran).

(...) máquinas que reciben y emiten imagen y sonido... sustituyendo, en el ámbito probatorio procesal posterior[,] el testimonio del vigilante por el mismo testimonio complementado y auxiliado de imágenes y sonidos -documental-, desde luego más convincentes, pero también, desde el punto de vista de las garantías, más intrusivas y lesivas de derechos fundamentales”^[26].

Actualmente en nuestro país aún no se encuentra regulado normativamente la instalación y uso de videocámaras fijas o móviles por parte de los entes públicos o privados, ni la obligación expresa de poner a disposición de la autoridad las grabaciones obtenidas, sin embargo si las cámaras registran hechos de interés de una investigación penal estas pueden ser incorporadas en una investigación.

^[26] VELASCO, Eloy. Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías. EN: <http://www.elderecho.com/penal/Novedades-tecnicas-investigacion-vinculadas-tecnologias_11_237430010.html>.

El término *videovigilancia*, como hemos visto, es más amplio, pues se utiliza como una forma de prevención y control, sin embargo “cuando se utiliza una videocámara, no para prevenir, sino para investigar *a posteriori* y obtener pruebas relacionadas con delitos ya cometidos o recabar información sobre cuestiones específicas de carácter laboral, matrimonial, etc., no cabe hablar, en sentido estricto, de videovigilancia, sino simplemente de tomas videográficas”.^[27] En nuestro ordenamiento procesal penal se ha recogido el término *videovigilancia* como medio de búsqueda de pruebas.

En el caso de registro de hechos por videocámaras públicas o privadas instaladas en espacios públicos pueden ser incorporados a la investigación penal sin que se requiera algún mandato judicial previo que autorice la grabación, ya sea al tratarse de hechos flagrantes o de hechos que revistan alguna relevancia para una investigación penal cuya grabación responde a la casualidad.

Como bien señaló el Tribunal Supremo español, “en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad no siendo en cambio preciso el ‘placet’ judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás”.^[28]

Hay que anotar además que el concepto de espacio público no puede ser equiparado siempre a un lugar abierto, pues hay espacios públicos eminentemente cerrados como es el caso de los cines, teatros, centros comerciales, edificios públicos; etc., y donde las videocámaras pueden registrar hechos de interés para una investigación penal.

Asimismo, en países donde se ha regulado la necesidad de aviso de “zonas videogiladas”, se infiere que quien libremente ingresa a estos lugares presta implícitamente su consentimiento a ser captado por ellas^[29]. En otros ordenamientos se ha desarrollado la idea de una

[27] MARTÍN MORALES, Ricardo. *El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta*. EN: <<http://www.fepsu.es/file/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDAD.pdf>>.

[28] STS 913/1996, de 25 de noviembre y en la STS 453/1997, de 15 de abril.

[29] MARTÍN MORALES, Ricardo. *El derecho a la intimidad*, cit. Asimismo, señala que si la policía necesita llevar a cabo grabaciones en estos lugares podrá acceder libremente a ellos durante las horas en que permanecen abiertos al público.

“ausencia de expectativa razonable de intimidad”, como el supuesto de espacio público y en el que se puede practicar determinadas diligencias sin orden judicial^[30], pues incluso una grabación en lugar público no puede usarse de modo indiscriminado que afecte su propia imagen. En tal sentido:

“[La] jurisprudencia introduce, para una correcta valoración de la obtención de la prueba, el correctivo de la proporcionalidad, por el que la grabación de un investigado sin su conocimiento y consentimiento, supone una injerencia en sus derechos de la personalidad a no ser que esté justificada por motivos de prevención y/o investigación del delito, lo que se analizará mediante la aplicación al caso concreto de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto del uso de la tecnología ingiriente (sic) como medio imprescindible para alcanzar el bien social preferente de poder probar así el delito”^[31].

Del mismo modo, el espacio privado, es decir, aquel reservado a la esfera de nuestra intimidad, no puede ser equiparado a “lugar cerrado”, pues existen lugares abiertos donde se desarrollan actividades privadas, como sería el caso de una boda al aire libre, sin que por el hecho de realizarse en “lugar abierto”, aunque delimitado para evitar el ingreso de extraños, signifique una renuncia a la intimidad y a la protección de las imágenes obtenidas y en las que solo el titular de los derechos a la imagen debiera decidir al respecto, salvo que exista interés público como sería el caso de una investigación penal.

El Código Procesal Penal del 2004, en su artículo 207.3 introdujo el concepto de “lugar cerrado” al referirse a la videovigilancia con fines de búsqueda de pruebas, al señalar expresamente que “se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados”; sin embargo

[30] LUNA OSORIO, Andrés Hernando. Medios técnicos y expectativa razonable de intimidad en la investigación penal. EN: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3634178.pdf>>

[31] VELASCO NÚÑEZ, Eloy. La captación de la imagen de lugares y personas como medio de investigación penal. EN: <http://www.elderecho.com/penal/captacion-imagen-lugares-personas-investigacion_11_225805001.html>.

ello conllevará necesariamente al desarrollo jurisprudencial, pues es evidente que los conceptos de “inmuebles o lugar cerrado” no son suficientes a efectos de delimitar la noción de espacio privado y determinar cuándo se requiere suplir el consentimiento del titular de un derecho a la protección de su imagen e intimidad por medio de una orden judicial, más aún cuando los conceptos de lo público y privado han ido evolucionando con la modernidad. Sin ánimo de entrar en el debate sobre la *nueva intimidad*, podemos afirmar que dichos conceptos han sido trastocados con el uso de la tecnología actual: el hecho de colocar una *webcam* en la habitación hace que las personas conviertan en público un espacio que antes era considerado reservado o si se quiere “cerrado”.

La tecnología es la expresión del desarrollo científico de nuestra sociedad y tiene un carácter ambiguo o bifronte^[32], es decir, somos nosotros los responsables de su uso, pues en sí misma no afecta los derechos de las personas. Dicha utilización trae consigo nuevos retos jurídicos y plantea nuevas interrogantes en el ámbito de la persecución penal.

^[32] DÍAZ MULLER, Luis. *Tecnología y derecho a la intimidad. Nuevos desafíos jurídicos*. EN: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/90/art/art5.pdf>>, p. 991.

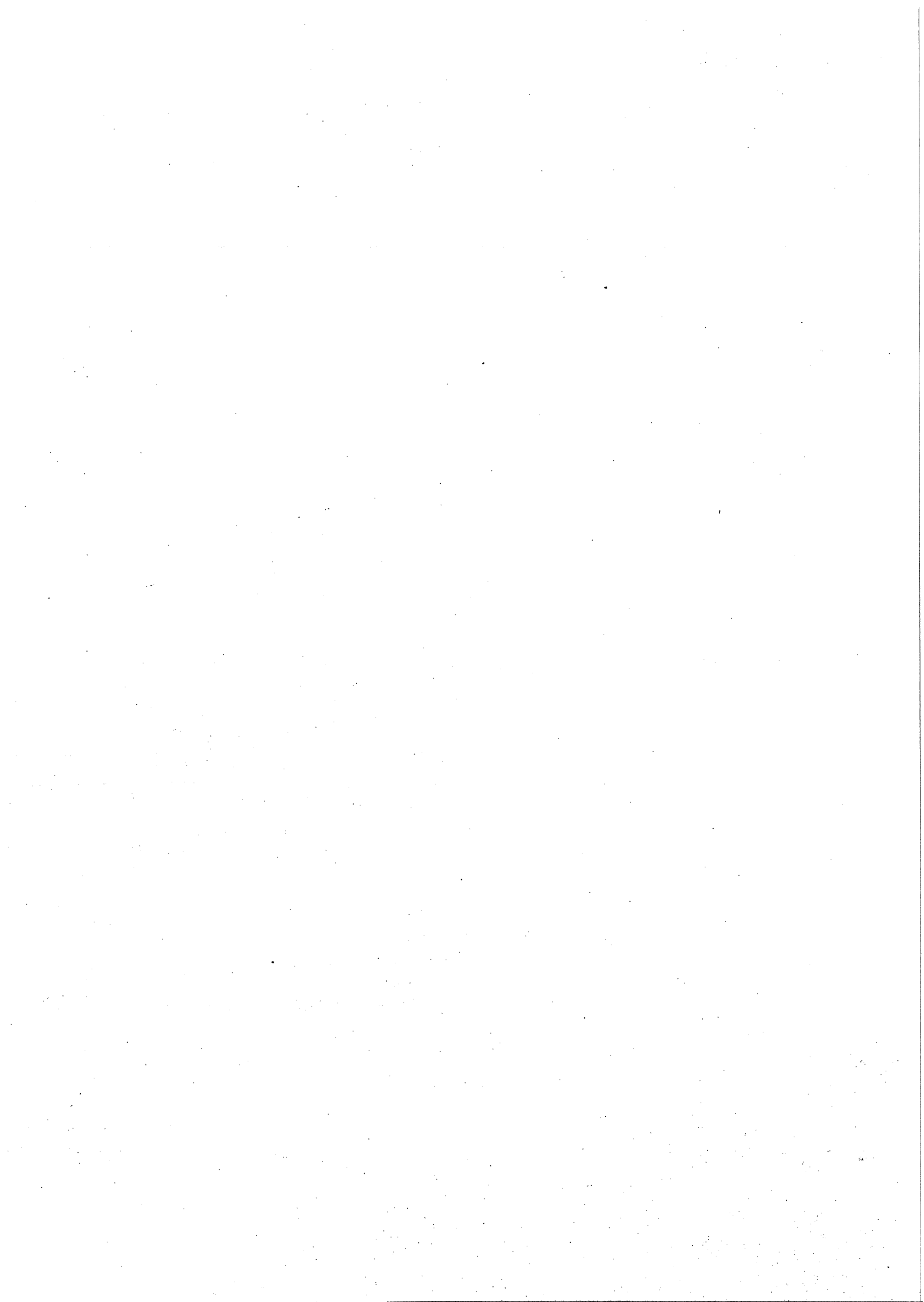
LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SUS EXCEPCIONES

(ANÁLISIS COMPARADO DE DIFERENTES
MODELOS EXPLICATIVOS)^(*)

Manuel Miranda Estrampes^(**)

(*) El presente trabajo es una reelaboración y actualización de un anterior trabajo publicado en la *Revista Catalana de Seguretat Pública*, N° 22, Barcelona, mayo 2010, pp. 131-151.

(**) Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional (España). Consultor y conferencista internacional en temas de Derecho Procesal Penal.



1. LA ILICITUD DE LA PRUEBA

1.1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la prueba ilícita presenta unas claras implicaciones constitucionales, como se verá a lo largo de este trabajo. Al analizar dicha materia nos encontramos con una primera dificultad derivada de la diferente terminología que vienen utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia, pues la misma no resulta uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias^[1], prueba ilegal o ilegalmente obtenida^[2],

^[1] Este término fue acuñado a principios del siglo XX por BELING en su conocida obra *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess* (*Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal*). Hay traducción al castellano: "Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal". EN: Las prohibiciones probatorias, con KAI Ambos y Óscar Julián Guerrero P., Temis, Bogotá, 2009, pp. 3 y ss. Sin embargo, en la actualidad, como pone de manifiesto PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas". En: *Justicia*, nota 1, N° II, 1986, p. 338, esta expresión no deja de tener detractores incluso dentro de la doctrina alemana. Por su parte, GÓMEZ COLMER, J. L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, nota 26, Bosch, Barcelona, 1985, p. 133, nos dice que el término «prueba prohibida» es una traducción incorrecta del alemán, pues la doctrina emplea dichos términos siempre en plural, se refiere siempre a «prohibiciones» de prueba, dado que existen varios supuestos y no uno sólo. De todas formas, como apunta dicho autor, es un nombre cómodo y gráfico para designar aquellos supuestos en los que la prueba es inadmisibile (ilícita, en terminología italiana), es decir, no se puede practicar, o en los que sus resultados no pueden tener aplicación, ser aprovechados en el proceso.

^[2] En la doctrina española, HUERTAS Martín, M^a. I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, J. M^a Bosch, Barcelona, 1999, pp. 132-133. Dentro del

prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional^[3], prueba nula, prueba viciada o prueba irregular. A esta variedad terminológica se añaden diferencias conceptuales en relación con cada uno de los términos antes indicados.

Con la finalidad de clarificar conceptos, hay que distinguir, en el plano de los principios probatorios, entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba^[4]. El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley que disciplinan el procedimiento probatorio. Por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con estricto respeto a los derechos fundamentales.

Sobre la base de estos dos principios probatorios, se pueden diferenciar conceptualmente dos categorías: la prueba ilícita y la prueba irregular. Categorías que tienen un significado y alcance distinto, como se desarrolla a continuación.

1.2. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA Y DE PRUEBA IRREGULAR

Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Al tratarse de una lesión de naturaleza constitucional se podría utilizar el término

concepto de prueba ilegal incluye los siguientes grupos: 1) la prueba prohibida o interdicción legal de utilización de ciertos métodos para la consecución de resultados probatorios, 2) la prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales, y 3) la prueba irregular, esto es, aquella practicada o asumida con violación o en ausencia de los requisitos procesales exigidos y/o de los principios que rigen la actividad probatoria.

^[3] ALLENA, G., "Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale". EN: *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, aprile-giugno 1989, fasc. 2, pp. 506 y ss., con mención expresa de la sentencia 34/1973, de 6 de abril, dictada por la Corte Costituzionale italiana, conceptúa la "prove incostituzionali" como aquella "prove ottenute attraverso modalità, metodi e comportamenti realizzati in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione [...]". Para este autor "il concetto di incostituzionalità della prova risulta essere una specificazione di quello di sua illiccità".

^[4] Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M. "La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos". EN: *Actualidad Judicial, Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, N° 1, 2007, pp. 36 y ss.

“prueba inconstitucional” para referirse a este tipo de pruebas. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta y/o practicada con infracción de la ley o de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales^[5]. No cualquier infracción en la obtención, incorporación o práctica de la prueba en el proceso determina su ilicitud. La denominada prueba ilícita quedaría limitada para aquellos supuestos en que la infracción cometida comportase una vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales.

La anterior diferenciación conceptual tiene una enorme repercusión teórico-práctica. La regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, que se expone con posterioridad, se predicaría con exclusividad de la denominada prueba ilícita, en cuanto inconstitucional. Por su parte, la prueba irregular quedaría sometida al régimen general de la nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación.

Es clásica la cita llevada a cabo por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHSt 14, 358, 365) al establecer que “no hay principio alguno del Ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”. Históricamente, en los modelos penales inquisitivos, la invocación de la verdad material, según la teoría clásica de la dualidad de verdades procesales (material y formal), sirvió para justificar la admisibilidad y validez de la denominada prueba ilícita. Desde este planteamiento se argumentaba que todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debía ser valorado por el Juez para formar su convicción fáctica. Y como argumento de refuerzo

^[5] ZAPATA GARCÍA, M. F. *La prueba ilícita*, LexisNexis, Santiago, 2004, p. 23. No obstante, dicha diferenciación terminológica no es aceptada en la doctrina de forma unánime. Así, en la doctrina peruana NEYRA FLORES, J. A. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*, Idemsa, Lima, 2010, pp. 651-652, distingue entre prueba prohibida, en cuanto obtenida con violación de un derecho fundamental, y prueba ilícita o irregular, cuando la violación no infringe la Constitución sino una ley ordinaria. Como puede observarse dicho autor equipara prueba ilícita y prueba irregular.

se invocaba, a su vez, el principio de libre valoración judicial de la prueba en su formulación histórica de la íntima convicción. En este contexto inquisitivo, el descubrimiento de la verdad material como fin del proceso penal justificaba y amparaba la utilización de todas las pruebas cualesquiera que fuese su forma de obtención. Todo podía ser utilizado para formar la convicción del juez y descubrir la verdad de los hechos.

Esta manifestación de *maquiavelismo probatorio* debe entenderse incompatible con un Estado de Derecho y el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales. Por un lado, como ya apuntó hace tiempo Walter, la libertad de apreciación probatoria no es equivalente a libertad de utilización^[6]. Por otro lado, tal como expone el profesor alemán Gössel, en un Estado de Derecho el interés legítimo a un proceso penal plenamente eficaz encuentra su límite en el interés y en la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos. La prohibición de prueba, sigue diciendo el profesor alemán, tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado^[7]. En la doctrina latinoamericana, Maier afirma que la razón de ser de esta regla de exclusión parece evidente: desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó políticamente que a pesar de que el proceso penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva sobre un suceso histórico, él constituye un método regulado –no libre– para arribar a ese fin, con lo que fueron excluidas, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre^[8].

2. FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS

Si bien la regla de exclusión de las pruebas ilícitas se ha universalizado, lo cierto es que su naturaleza, alcance y efectos depende

[6] WALTER, G. *Libre apreciación de la prueba*, Temis, Bogotá, 1985, pp. 315 y ss.

[7] GÖSSEL, K-H. *En la búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*, Porrúa, México, 2002, p. 77.

[8] MAIER, J. B. J. *Derecho procesal penal*, Torno I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2ª ed., Buenos Aires, 2004, p. 703.

de cuál sea la explicación que se ofrezca acerca de su fundamento constitucional o infraconstitucional. El análisis de dicho fundamento puede hacerse desde dos modelos teóricos explicativos.

Con carácter previo a proceder al examen de dichos modelos, resulta necesario recordar que la teoría de la prueba ilícita tuvo un origen y desarrollo jurisprudencial. Concretamente, su origen debe situarse en la doctrina elaborada por la Corte Suprema Federal de EE.UU. Este origen y desarrollo jurisprudencial ha tenido lugar, también, en países del *civil law* (tal es el caso de España y Alemania). No obstante, en la actualidad se observa que prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de corte acusatorio han incorporado en la ley –y en algunos casos, también en el texto constitucional (por ejemplo, Colombia, México, República Dominicana, entre otros)– una regla de exclusión probatoria en virtud de la cual no se reconocen efectos a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (ilicitud probatoria). Su incorporación a la ley –y a la Constitución– provoca un fenómeno de *rigidez* en la configuración de la regla de exclusión, que la aleja de los lineamientos argumentales elaborados por la jurisprudencia en EE.UU. Fenómeno de *rigidez* del cual, en la mayoría de los casos, no se es consciente y que hace que la regla de exclusión deba ser aplicada desde parámetros distintos a los propios de un sistema de *common law*. Así, puede afirmarse que en un sistema de *civil law* una vez normativizada la regla de exclusión, tanto en sus efectos directos como expansivos o reflejos, el reconocimiento de excepciones a la misma corresponde exclusivamente al legislador y no a la jurisprudencia. A los tribunales les corresponderá pronunciarse acerca de la existencia o no de vulneración del contenido esencial del derecho fundamental, así como de la relación causal entre la prueba ilícitamente obtenida y las pruebas lícitas derivadas. Constatados ambos extremos, la solución legal pasará necesariamente por aplicar la regla de exclusión, en los términos en que haya sido normativizada, sin admitir excepciones que no tienen un adecuado reflejo legal^[9].

^[9] Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E. “Análisis de la ‘tesis de la desvinculación de la anti-juricidad’: una explicación de sus límites basada en el derecho al proceso y sus garantías (art. 24.2 CE)”. EN: Teoría y Derecho: *Revista de pensamiento jurídico*, N° 9, 2011, pp. 203-204.

No obstante, como se verá a continuación, la doctrina jurisprudencial estadounidense sobre la *exclusionary rule* ha influido notablemente en la forma de entender y de aplicar la teoría de la prueba ilícita en los países de *civil law*, así como en la introducción de excepciones inspiradas en dicha doctrina y ajenas a su concepción originaria. Podemos afirmar que en los sistemas de *civil law* se ha producido un fenómeno de *norteamericanización* de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

2.1. MODELO ESTADOUNIDENSE

El modelo estadounidense se caracteriza por un fenómeno de progresiva *desconstitucionalización* de la regla de exclusión (*exclusionary rule*). En su origen, la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EE.UU.^[10], que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin

^[10] Vid. *Boyd vs. U.S.*, 116 US 616, (1886); y *Weeks vs. U.S.*, 232 US 383, (1914). En relación con la V Enmienda que establece la prohibición de autoincriminación, cabe citar, como *leading case* el caso *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, (1966). A continuación se resume brevemente los hechos: Ernesto Arthur Miranda fue detenido como autor del delito de robo con violación, en la ciudad de Phoenix en 1963. Durante su detención en las dependencias policiales firmó una confesión escrita reconociendo su participación en los hechos. La Corte Suprema declaró inadmisibles dichas confesiones argumentando que con carácter previo se le debieron leer sus derechos derivados de la V Enmienda. A partir de esta decisión se establecieron reglas (*Miranda rules*), en virtud de las cuales al momento de la detención, la policía debía informar inmediatamente al detenido los siguientes derechos: 1) derecho a guardar silencio; 2) se le explicará que cualquier cosa que diga, puede ser utilizada en su contra en el juicio; 3) derecho a llamar a un abogado, a que se le asesore previamente y esté presente durante el interrogatorio; y 4) derecho a que se le asigne un abogado de oficio, si no tiene recursos para contratar uno. El incumplimiento de tales advertencias (*Miranda warnings*) hacía que su confesión ante la policía no pudiera ser admitida como prueba de cargo. La Corte llegó a afirmar que el fundamento constitucional del privilegio a no declarar contra uno mismo había que buscarlo en el respeto a la dignidad e integridad de los ciudadanos. Con dicha decisión se sustituyó el tradicional *test de voluntariedad* para la admisión de una confesión, por la fijación de un estándar mucho más exigente. No obstante, como indico más adelante, en su desarrollo posterior dicha doctrina no ha estado ajena al reconocimiento de excepciones, así como, de su propio cuestionamiento como regla de origen constitucional. Una detallada descripción de los hechos que dieron lugar a esta trascendental decisión de la Corte Suprema puede consultarse en MIRANGOS y GONZÁLEZ, J. "La historia detrás del mito: a 45 años de *Miranda v. Arizona*". En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 33, 2012, México, pp. 191 y ss.

que exista causa probable^[11] y las autoincriminaciones involuntarias^[12], así como en el principio de “integridad judicial”^[13]. Sin embargo, con el transcurso de los años, la Corte Suprema Federal estableció que su verdadero y único fundamento consiste en disuadir a la policía de llevar a cabo futuras actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*)^[14].

Este efecto disuasorio o de desaliento aparece reconocido, entre otras, en las sentencias de los casos US vs. Calandra (414 US 338, 1974) y US vs. Janis (428 US 433, 1976). En esta última sentencia, como aplicación de la doctrina de la “ponderación de costos” (*balacing test*), se declaró que “el principal propósito de la exclusión de las pruebas

[11] Acerca del concepto de causa probable puede consultarse Pizzi, W. T. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 56; quien señala que existe causa probable cuando los hechos y circunstancias son suficientes para fundar la creencia razonable del agente (policia) en que la persona arrestada había cometido un delito. En la jurisprudencia puede verse los casos: *Brinegar vs. U.S.*, 338 US 160 (1949); *Ybarra vs. Illinois*, 444 US 85 (1979); *Maryland vs. Pringle*, 540 US 366 (2003).

[12] Sobre el significado y alcance de tales Enmiendas véase REED AMAR, A., *The Constitution and Criminal Procedure*, Yale University Press, 1997, especialmente pp. 2 y ss.

[13] Caso *Mapp vs. Ohio*, 367 US, 643 (1961), por el que se extendió la regla de exclusión, que en principio se aplicaba solo en el ámbito federal, a todos los Estados de la Unión, por medio de la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV. Sobre la base del principio de “integridad judicial” (*judicial integrity*), utilizado como fundamento de la *exclusionary rule*, se sostenía que los Tribunales no podían convertirse en cómplices de las actuaciones ilegales llevadas a cabo por la policía: caso *Elkins vs. U.S.*, 364 US 222 (1960).

[14] Un análisis detallado de la doctrina jurisprudencial estadounidense puede verse, entre otros. En: HAIRABEDIÁN, M. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; FIDALGO GALLARDO, C. “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”. EN: *Tribunales de Justicia*, N° 5, mayo 2003. ZAPATA GARCÍA, M. F. *La prueba ilícita*, Edit. LexisNexis, Santiago de Chile, 2004. NEYRA FLORES, J. A. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*; cit. pp. 658 y ss. THAMAN, S. C. “Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de Derecho”, *Derecho Penal y Criminología*. EN: *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, Vol. 30, N° 89, 2009; MIANGOS Y GONZÁLEZ, J. “La doctrina de la *exclusionary rule* en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América”. EN: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 31, 2011, México, pp. 213 y ss.; ISRAEL, J. H.; KAMISAR, Y.; LAFAVE, W. R. y KING, N. J. *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas” y más adelante añadía que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

Con ello se reformula la doctrina *Weeks*, pues la *exclusionary rule* deja de formar parte del contenido esencial del derecho reconocido en la IV Enmienda, y ya no tiene como finalidad reparar la violación constitucional ocasionada, al tiempo que se afirma que el uso posterior de la prueba ilícita no genera una nueva lesión constitucional.

Fueron, por tanto, razones pragmáticas las que fundamentaron en el modelo estadounidense la *exclusionary rule*, con la finalidad de evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas (*deterrence of police misconduct*)^[15]. La regla de exclusión se configura, por tanto, como un remedio de creación judicial (*judicial remedy*), que no descartaría la aplicación de otros remedios alternativos (por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias) en cuanto se demostrase su mayor eficacia para el logro de esa finalidad disuasoria. Es cierto que con este fundamento se produce, como efecto indirecto o derivado, un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental^[16]. Desde este planteamiento no faltan voces autorizadas en la doctrina estadounidense que cuestionan precisamente la propia existencia de la regla de exclusión, al no estar comprobado empíricamente que la misma tenga realmente eficacia de disuasión de las conductas violatorias de derechos fundamentales que se le atribuye^[17]. Como afirma, en la doctrina estadounidense, Salas Calero, en la actualidad la regla es una opción a disposición

[15] FIDALGO GALLARDO, *Ibidem*, p. 28.

[16] DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 77.

[17] Tesis asumida y defendida por el Ex presidente de la Corte Suprema, el juez Burger. En su opinión disidente, mantenida en el caso *Bivens vs. Six Unknown Fed. Narcotics Agents*, 403 US 338 (1971), afirmó que: “*There is no empirical evidence to support the claim that the rule actually deters illegal conduct of law enforcement officials*”.

del Tribunal, el cual tiene que sopesar, por una parte, los costos que conlleva su aplicación en la exclusión de pruebas relevantes, y por otra, su utilidad disuasiva en la prevención de futuros abusos^[18].

Se critica que su aplicación genera desconfianza en la sociedad, hacia el propio sistema de justicia penal y los tribunales, y genera un alto coste en términos de descubrimiento de la verdad de los hechos^[19]. Así, la verdad en el esclarecimiento de los hechos se erige en argumento nuclear para desmontar la aplicación de la *exclusionary rule*. Desde estas posturas críticas se defiende la utilización de otras respuestas y medidas alternativas a la actuación policial inconstitucional, como son la imposición de sanciones a los agentes policiales actuantes y/o la responsabilidad civil de los propios departamentos policiales. Medidas alternativas que presentan mayores ventajas, y tendrían una mayor eficacia disuasoria sin provocar los altos costes sociales que derivan de la aplicación de la *exclusionary rule*. No obstante, lo cierto es que dichas medidas no dejan de presentar importantes dudas acerca de su eficacia real, por lo que su consideración como medidas alternativas a la aplicación de la regla de exclusión es altamente discutible^[20].

[18] SALAS CALERO, L. "Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias". EN: AA.VV., Prueba y proceso penal (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 473.

[19] Una posición crítica mantiene PIZZI, W. T., cit., pp. 65 y ss., al denunciar los altos costes que para el sistema penal tiene la aplicación de la *exclusionary rule*. Dicho autor afirma: "Aunque no pienso que en realidad sea grande el número de acusados que eviten ser condenados por delitos graves a causa de la inadmisión de materiales probatorios, nos engañaríamos si pensásemos que el precio que pagamos por la regla de exclusión es irrelevante. La devaluación de la importancia de la verdad en nuestro sistema procesal comienza por la regla de exclusión. Un sistema de enjuiciamiento criminal en el que se inadmiten pruebas que contienen información fiable, obtenidas por agentes de Policía que actuaron de buena fe pero mediante actos que sólo *a posteriori* se declararon irrazonables, independientemente de lo irrelevante que puede haber sido la irregularidad cometida o lo grave que puede haber sido el delito o delitos cometidos, abandonando en consecuencia la pretensión de determinar de forma precisa la culpabilidad del acusado, tiene su orden de prioridades seriamente alterado. Los costos que una regla tan rígida supone para la honestidad y la integridad del sistema son enormes".

[20] En este sentido, vid., MUÑANGOS y GONZÁLEZ. "La doctrina de la *exclusionary rule* en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América", cit.,

Conforme a este nuevo planteamiento, la Corte Suprema Federal ha descartado la aplicación de la propia *exclusionary rule* cuando no se alcance el efecto disuasorio o cuando el mismo resulte ineficaz. En otras palabras, cuando no hay *deterrent effect* no hay *exclusionary rule*, o sin disuasión no hay exclusión. Este enfoque generó en la práctica judicial una notable limitación del ámbito de aplicación de la regla mediante el reconocimiento de excepciones a su eficacia directa.

En concordancia con dicho fundamento *infraconstitucional*, la Corte Suprema Federal ha descartado la aplicación directa de la propia regla de exclusión en los siguientes casos: (i) cuando las pruebas se obtengan por particulares^[21], salvo que estos actúen como meros instrumentos de la policía^[22]; (ii) cuando las pruebas se obtuvieren por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense^[23]; y (iii) cuando la policía hubiera actuado razonablemente de buena fe (*good faith exception*).

Siendo este su fundamento en el modelo estadounidense, si la propia Corte Suprema Federal o el poder legislativo (Congreso) llegasen a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad al existir otros remedios alternativos más eficaces y adecuados, su razón de ser desaparecería y la regla de exclusión dejaría de ser aplicada. Con ello se coloca a la regla de exclusión en una situación de extrema debilidad, sometida a un proceso de paulatina desaparición^[24].

En la actualidad, el enfoque predominante responde a una visión utilitarista en el análisis de costes y beneficios (*cost-benefit analysis*)

pp. 221 y 222; SALAS CALERO, "Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias", cit., pp. 496-497. En esta misma línea, se pronunció el Juez Breyer en su voto discrepante en el caso *Hudson v. Michigan*, que examinó con posterioridad.

[21] *Burdeau vs. McDowell*, 256 US 465 (1921); y *U.S. vs. Crews*, 455 US 463 (1980).

[22] *U.S. vs. Jacobsen*, 466 US 109 (1984).

[23] *U.S. vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259 (1990), que no aplicó la *exclusionary rule* al tratarse de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México.

[24] Como afirma NEYRA FLORES. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*; cit., p. 668; la regla de exclusión se encuentra en franca decadencia en los Estados Unidos.

derivados de la aplicación de la *exclusionary rule*. Se razona que frente a los beneficios obtenidos con la aplicación de dicha regla (eficacia preventiva o disuasoria) los enormes costes sociales derivados de su aplicación son mayores (la libertad y absolución de imputados por delitos graves), de ahí que, se fije generalmente la atención en estos últimos, para dejar sin efecto la aplicación de la regla. Este análisis de costes y beneficios siempre ha estado presente en el esquema argumentativo de la Corte Suprema, no obstante en los últimos años ha adquirido un protagonismo principal, de tal modo que, se ha acabado convirtiendo en el argumento decisorio de la aplicación o no de la *exclusionary rule*. El ejemplo más paradigmático de los últimos años viene representado por la mencionada decisión de la Corte Suprema en el caso *Hudson vs. Michigan*^[25]. En dicha sentencia, se examinó un supuesto en que los policías actuantes, de acuerdo a una orden judicial de allanamiento –obtenida para la búsqueda de estupefacientes y armas de fuego– se trasladaron al domicilio del sospechoso, Booker T. Hudson, y tras tocar la puerta apenas esperaron unos segundos –entre tres o cinco segundos– antes entrar en la vivienda, localizaron en su interior grandes cantidades de estupefacientes (cocaína) y un arma de fuego. Conforme a una regla constitucional creada por la propia Corte Suprema, y derivada de la IV Enmienda, la policía tiene el deber de tocar la puerta de un domicilio donde va a realizar un allanamiento dándose a conocer y esperar un “tiempo razonable” –que puede oscilar entre 15 a 20 segundos^[26]–, antes de forzar la puerta, sino se les franquea la entrada por los moradores (conocida como *knocking and announce rule*)^[27]. En el presente caso, la policía no

[25] *Hudson vs. Michigan*, 547 US 586 (2006).

[26] Caso *U.S. vs. Banks*, 540 US 31 (2003).

[27] La regla de “llamar y anunciarse” fue creada como garantía de protección de la *privacy*: caso *Wilson vs. Arkansas*, 514 US 927 (1995), con la que se trata de evitar entradas y registros policiales sorpresivos, sin previa advertencia ni identificación. Aunque se reconocieron excepciones a dicha regla –las denominadas “*no-knock warrant*”–, por ejemplo, cuando concurriera una amenaza de violencia física para los policías o existieran motivos para creer razonablemente que las pruebas podían ser destruidas si se diera el aviso anticipado: vid. caso *Richards vs. Wisconsin*, 520 US 385 (1997), en donde la Corte Suprema censuró la decisión del Tribunal Supremo de Wisconsin según la cual los casos relacionados con el tráfico de drogas están exentos de la aplicación de la regla de “llamar y anun-

respetó esta regla, sin embargo, en dicha decisión la Corte Suprema admitió el uso de las pruebas obtenidas sin cumplir esa regla. Así, sostuvo que la forma ilegal de la entrada no fue causa inmediata de la obtención de las pruebas, dado que independientemente de la ilegalidad, la policía habría ejecutado la orden y habría descubierto las evidencias. Pero incluso prescindiendo de esta consideración, se llega a afirmar que el coste social que derivaba de su exclusión era muy superior al efecto disuasorio que pudiera derivarse de la misma, motivo principal que llevó a no aplicar la regla de exclusión. En su decisión la Corte declaró que:

"We cannot assume that exclusion in this context is necessary deterrence simply because we found that it was necessary deterrence in different contexts and long ago. That would be forcing the public today to pay for the sins and inadequacies of a legal regime that existed almost half a century ago"^[28].

Según el voto de la mayoría, la atenuación puede ocurrir, por supuesto, cuando la relación es remota. Pero también, cuando aún existiendo una conexión causal directa, el interés protegido por la garantía constitucional que ha sido violado, podría no servir para excluir la prueba obtenida. Los intereses que protege la mencionada regla^[29] concluye la sentencia, no pueden impedir que el gobierno vea y obtenga las pruebas descritas en la orden judicial.

La sentencia abogó, en este caso, por la mayor eficacia de otras medidas alternativas como el ejercicio de acciones civiles por daños o

ciarse". Censura que se basó en el exceso de generalización que suponía admitir una excepción de este tipo sin atender a las concretas circunstancias concurrentes.

[28] No podemos asumir que en este contexto la exclusión sea necesaria para simplemente generar efectos disuasorios, porque encontrásemos que hace mucho tiempo y en otro contexto dicha disuasión fuera necesaria. Se estaría obligando hoy día al público a pagar por los pecados y las deficiencias de un régimen legal que existía hace casi medio siglo atrás.

[29] Como tales se mencionan, la propia protección de la vida humana y la integridad física, para evitar reacciones violentas de autodefensa con ocasión de una entrada sin previo aviso. También, la protección de la propiedad, con el fin de evitar su destrucción como consecuencia de una entrada forzosa. Y, por último, la intimidad y la dignidad, a saber, la oportunidad de vestirse antes de abrir la puerta.

la imposición de medidas disciplinarias contra los agentes policiales^[30]. Incluso llega a afirmarse que en realidad, la eficacia disuasoria se conseguiría de forma más efectiva con una adecuada profesionalización de los cuerpos policiales que con la aplicación de la *exclusionary rule*.

Como puede fácilmente constatarse el cambio de paradigma es radical. Ya no se trata de denegar la aplicación de la *exclusionary rule* cuando no tenga finalidad disuasoria, sino que, aun admitiendo que en el caso analizado, cumpla dicha finalidad, ello no es requisito suficiente para aplicar la regla de exclusión, pues el órgano judicial deberá ponderar el coste social que genera su aplicación. Su fundamento se sitúa en un ámbito marcadamente infraconstitucional, sometido, por tanto, a una ponderación judicial de costes y beneficios. Esta nueva orientación sustituye el tradicional sistema tasado de excepciones por una metodología de análisis de costes y beneficios (*cost-benefit balancing*) como criterio determinante del juicio de ponderación que debe llevar a cabo el órgano judicial.

El examen de la regla de exclusión desde la metodología de análisis de costes y beneficios (sociales) provoca en la práctica un notable debilitamiento de la propia regla de exclusión, en la medida en que la misma dejará de ser aplicada cuando los costes sociales que ello genera sean superiores a los beneficios derivados del efecto disuasorio, que se pretende alcanzar^[31]. Debilitamiento que corre paralelo a los

^[30] Un detallado examen de dicha decisión puede verse en GÓMEZ-JARA, C. "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita. El caso Hudson vs. Michigan y el ocaso de la Exclusionary Rule en EEUU". EN: Revista de Derecho y Proceso Penal, N° 20, Aranzadi, 2008, pp. 23 y ss. También, en ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 146-147.

^[31] Significativas son las palabras empleadas en la mencionada sentencia *Hudson vs. Michigan* por el Juez Scalia, quien en su opinión afirmaba: "[...] *the social costs of applying the exclusionary rule to knock-and-announce violations are considerable; the incentive to such violations is minimal to begin with, and the extant deterrents against them are substantial-incomparably greater than the factors deterring warrantless entries when Mapp was decided. Resort to the massive remedy of suppressing evidence of guilt is unjustified*". En la reciente sentencia dictada en el caso *Davis vs. U.S.*, 546 US 2011, se llega a afirmar, con cita del caso *Hudson v. Michigan*, que la eficacia disuasoria es una condición necesaria para la exclusión, no obstante, no es una condición suficiente. El examen debe tener también en cuenta *the substantial social costs* generados por la aplicación de la

intentos de eliminar dicha regla de exclusión o limitar drásticamente su ámbito de aplicación, en un contexto de cuestionamiento permanente de la misma, decantándose por otros remedios alternativos con un menor coste social (como, por ejemplo, la acción civil por daños y perjuicios)^[32]. La decisión dictada en el caso *Hudson vs. Michigan* da la razón a quienes venían oponiéndose a la aplicación de la *exclusionary rule* denunciando el elevado coste social que generaba, y proponían la adopción de medidas alternativas sosteniendo que su impacto, en términos de costes sociales, era menor, sin impedir la consecución de su finalidad disuasoria.

2.2. MODELO EUROPEO-CONTINENTAL

El segundo de los modelos explicativos, característico de los sistemas europeo-continenciales, al menos en sus orígenes, reconoce en la regla de exclusión un componente no solo ético sino de origen constitucional. El propio reconocimiento del Estado Constitucional de Derecho, según la concepción del profesor Ferrajoli, caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos sería el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas^[33].

El Tribunal Constitucional italiano se situó en este modelo justificativo al declarar que las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos eran una *prove incostituzionali* (vid. SSTC 34/1973 y 81/1993)^[34].

regla de exclusión. Más adelante destaca que: "*For exclusion to be appropriate, the deterrence benefits of suppression must outweigh its heavy costs*".

[32] Como pone de relieve MIANGOS y GONZÁLEZ. "La doctrina de la *exclusionary rule* en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América", cit., pp. 221-222, el ejercicio de las acciones pecuniarias por daños suele tener en la práctica escaso éxito y para el caso en que se demande al Estado es necesario probar la existencia de una política o costumbre que haya contribuido a la violación de derechos del demandante.

[33] FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 537 y ss.

[34] En la doctrina italiana vid. MAINARDIS, C. "L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali". EN: Quaderni Costituzionali, N° 2/2000, pp. 371 y ss.

En Alemania, la *teoría del entorno jurídico* elaborada por el Tribunal Supremo Federal (BGH) puede considerarse como un exponente de este segundo modelo. Según nos enseña el profesor Roxin, cuando se lesionen prohibiciones de producción de la prueba, la posibilidad de revisar y, con ello, también la valoración o el aprovechamiento de los resultados probatorios obtenidos, depende de si la lesión afecta de forma esencial al ámbito de derechos del recurrente o si ella es solo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él^[35]. No obstante, esta doctrina no está exenta de críticas por amplios sectores pues la distinción entre afectación *esencial* y *accesoria* de la esfera jurídica no posibilita la fijación, en sede de revisión casacional, de un criterio de delimitación razonable produciendo, a veces, resultados contradictorios^[36].

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) elaboró la *teoría de los tres círculos o esferas* en atención al grado de afectación en el ámbito de protección de los derechos de la personalidad garantizados en el artículo 2.1 en relación con la dignidad de la persona humana reconocida en el artículo 1.1, ambos de la Ley Fundamental alemana. Con arreglo a dicha doctrina se reconoce un núcleo o ámbito esencial (esfera íntima) de protección jurídica de la esfera privada (privacidad personal) inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*. En la segunda esfera de protección (esfera meramente privada) la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación, con observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del *ius puniendi*, son los intereses de una administración de justicia penal funcional. Entre los criterios que la jurisprudencia alemana maneja en este ámbito adquiere particular relevancia el de la gravedad del delito objeto de investigación, en donde generalmente se da primacía al interés en la averiguación de la verdad cuando se trate de delitos

[35] Vid. ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 192 y ss.

[36] GÖSSEL, K.H., En la búsqueda de la verdad y la justicia. *Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*, cit., p. 85.

graves, permitiendo en estos casos su valoración. Por último, en la tercera esfera (ámbito social) las intervenciones estatales se admitirían ilimitadamente al no existir, en realidad, afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, esta delimitación en esferas o círculos, según exponen en la doctrina alemana Roxin^[37] y Jäger^[38], no está exenta de dificultades en su aplicación práctica acerca de lo que debe entenderse como núcleo intangible o simple ámbito privado, como lo demuestra el análisis de la casuística jurisprudencial alemana. Así, casos similares arrojan, sin embargo, resultados distintos, en función de si son atribuidos al ámbito de la *esfera íntima* o al ámbito de la *esfera meramente privada*. En ocasiones, los Tribunales, entre ellos el BGH, se han negado a su aplicación cuando se trata de delitos graves, apelando a la técnica de la ponderación de los diferentes intereses en juego.

Dentro de este segundo modelo justificativo se situó la STC español 114/1984, dictada con anterioridad a la normativización de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas en el artículo 11.1 LOPJ^[39]. En su origen la regla de exclusión se configuró como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Según dicha sentencia, la interdicción de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes (arts. 24.2 y 14 CE). Su fundamento se entronca directamente con la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables.

Es cierto que este fundamento constitucional genera como consecuencia derivada un efecto de desaliento a terceros –por ejemplo, agentes policiales– para obtener pruebas con vulneración de derechos

[37] ROXIN, C. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 145 y ss.

[38] JÄGER, C. *Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal*, Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003, pp. 93 y ss.

[39] Dicho precepto legal establece que “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

fundamentales. Pero, a diferencia del modelo estadounidense, dicho efecto tiene un carácter derivado o indirecto y no se constituye en el fundamento principal o razón de ser de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

Partiendo de este anclaje constitucional debería resultar indiferente, en contraste con los modelos basados en el *deterrent effect*, si la prueba se obtuvo por una autoridad o por un particular e incluso si la autoridad o sus agentes actuaron de buena fe, en la creencia razonable de no estar vulnerando un derecho fundamental. En esta línea se pronunciaba la STC 114/1984 cuando proclamaba “la nulidad radical de todo acto –público o, en su caso, privado– violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sec. I Cap. II Tít. I CE.” (derechos fundamentales).

Desde otro plano, resultaría también indiferente que el titular del derecho fundamental vulnerado fuera una persona distinta del acusado. El fundamento de la exclusión sería el mismo, como límite a la actuación punitiva del Estado, por lo que el dato de la titularidad del derecho fundamental es intrascendente. En última instancia, siempre quedaría afectado el derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la admisión y valoración de una prueba ilícita. Con arreglo a esta tesis, no resultaría admisible la *standing rule* proclamada por la Corte Suprema Federal de EE.UU., que limita la legitimación para solicitar la exclusión de la prueba al titular del derecho fundamental lesionado, y no se la reconoce a terceros que no tengan una expectativa razonable de intimidad^[40].

En definitiva, en sus inicios la regla de exclusión se configuró, en el ordenamiento jurídico español, como una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

No obstante, el Tribunal Constitucional español se ha desmarcado en resoluciones posteriores de esta inicial línea argumental y, aun sin llegar a un modelo de *desconstitucionalización* plena de la regla de

[40] *Jones vs. U.S.*, 362 US 257 (1960); *Alderman vs. U.S.*, 394 US 165 (1969); *Rakas vs. Illinois*, 439 US 128 (1978).

exclusión, ha ido introduciendo en su discurso referencias a las *necesidades de disuasión*, limitando su ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia estadounidense. En la actualidad, entre los factores a tener en cuenta para aplicar o no una prohibición de valoración probatoria el TC menciona la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental así como la propia entidad objetiva de dicha vulneración, como se desarrolla más adelante. Significativas de esta nueva forma de razonar son las afirmaciones realizadas en la STC 81/1998 (FJ 6), que instauró la conocida como doctrina de la *conexión de antijuridicidad*, al concluir que *ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*.

Como advierte Rodríguez Ruíz, este planteamiento nos recuerda sobremedida a la jurisprudencia estadounidense acerca del efecto disuasorio de la exclusión de la prueba respecto de violaciones futuras, por encima de su papel como garante del disfrute de los derechos fundamentales^[41]. No es exagerado afirmar que el *deterrent effect* adquiere, en la actualidad, un papel central en la justificación aplicativa de la regla de exclusión por parte del TC español.

Al hilo de la creación de la mencionada doctrina de la *conexión de antijuridicidad*, el TC español ha venido admitiendo excepciones que, como se desarrolla más adelante, alcanzan no solo a la eficacia refleja de la prueba ilícita sino a la propia aplicación directa de la regla de exclusión. Exponente de esta nueva línea argumentativa fue la STC 49/1999 en cuyo fundamento jurídico 12, tras reproducir la doctrina contenida en la STC 114/1984 acerca de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de inviolables, introdujo un matiz novedoso de gran alcance, al añadir que “[en] definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, *en ocasiones*,

^[41] RODRÍGUEZ RUÍZ, B., “El coste de los derechos fundamentales. Un comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril”. EN: Teoría y realidad constitucional, Nº 3, 1999, p. 332.

obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos". Una lectura atenta de dicho párrafo, con la mención del término *en ocasiones*, nos permite darnos cuenta que para el TC español no siempre que exista una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales su consecuencia procesal será la prohibición de admisión y de valoración. En otras palabras, la regla de exclusión en cuanto a su eficacia directa deja de tener un carácter absoluto.

Como he tratado de demostrar hasta ahora, el debate acerca del fundamento de la regla de exclusión no es baladí ni accesorio, sino que presenta una importancia crucial dentro de la doctrina sobre la prueba ilícita, pues condiciona su propia naturaleza así como su alcance y efectos. En los últimos tiempos hemos visto como el TC español se ha ido desmarcando de su inicial línea argumentativa para ir asumiendo paulatinamente la construcción jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema Federal de EE.UU., sobre la finalidad disuasoria de la regla de exclusión con las inevitables consecuencias que derivan de este nuevo planteamiento, como son la limitación no solo de la eficacia refleja de la prueba ilícita sino de su propia eficacia directa cuando la misma pueda ser calificada de "remedio excesivo". La regla de exclusión ha dejado de ser una garantía procesal de carácter constitucional derivada de la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico para convertirse en un simple *remedio judicial* que puede dejar de aplicarse cuando las necesidades de tutela de los derechos fundamentales sustantivos no lo exijan. Las dificultades de aplicación práctica de esta doctrina son evidentes, en línea con las dificultades de delimitación que denuncia la doctrina alemana en relación con la teoría constitucional de las *tres esferas o círculos*.

En conclusión, el cambio de orientación en cuanto al fundamento de la regla de exclusión por parte del TC español ha servido para ampliar el número de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión, como se desarrolla a continuación. Ampliación de excepciones que la colocan en una situación de debilidad comparable a la *exclusionary rule* estadounidense.

3. EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

3.1. LA PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN Y DE VALORACIÓN

La prueba ilícita, en el sentido aquí expuesto, esto es, obtenida y/o practicada con vulneración de los derechos fundamentales, conlleva su *inutilizabilidad*^[42] procesal. *Inutilizabilidad* que se traduce en la prohibición de admisión de la prueba y, para el caso de incorporación al proceso, en la prohibición de su valoración o aprovechamiento por el tribunal sentenciador para fundamentar un pronunciamiento condenatorio^[43]. A diferencia de la prueba irregular, la prueba ilícita no es susceptible de convalidación y/o subsanación. Aunque, como hemos visto, en algunos ordenamientos jurídicos dicha prohibición no presenta un carácter absoluto y admite excepciones.

Es preciso añadir que la prohibición afecta a la prueba calificada de ilícita, pero no a los hechos, por lo que no existe obstáculo alguno en que tales hechos puedan ser acreditados por otras pruebas siempre y cuando sean lícitas.

El control sobre la licitud de la prueba debe efectuarse ya en sede de admisión de las pruebas. Corresponde al Juez de Garantías o Juez de la Instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales. Una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de *infundada*, desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurrieran otras pruebas lícitas independientes.

Un adecuado control de la licitud de la prueba en sede de investigación o en la denominada fase intermedia trata de impedir que el Tribunal enjuiciador, en el acto del juicio oral, pueda entrar en contacto

[42] Sobre el origen de dicho término véase MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J. M^a. Bosch Editor, 2^a ed. Barcelona, 2004, p. 94.

[43] En este sentido se pronuncia en la doctrina peruana SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho procesal penal*, Vol. II, 2^a ed. Grijley, Lima, 2003, pp. 868-869 y 886.

con dichas pruebas, evitándose así las perniciosas consecuencias derivadas de los denominados efectos *psicológicos* de la prueba ilícita^[44].

No obstante, el hecho de que una prueba ilícita supere este filtro de admisibilidad, no es obstáculo para negarle todo valor probatorio. En otras palabras, la incorporación al proceso de la prueba ilícita no impide la posibilidad de denunciar y apreciar su ilicitud y la consecuencia será la prohibición de su valoración por parte del tribunal sentenciador, al no poder fundamentar un pronunciamiento condenatorio sobre la base de una prueba o pruebas ilícitas.

3.2. LA DENOMINADA EFICACIA REFLEJA DE LA PRUEBA ILÍCITA

Otra de las cuestiones más problemáticas que presenta la teoría de la prueba ilícita es el reconocimiento de los denominados efectos reflejos o expansivos. Dicha doctrina también tiene su origen en la jurisprudencia estadounidense, mediante la formulación de la denominada doctrina de los "frutos del árbol envenenado" (*the fruit of the poisonous tree doctrine*)^[45]. Así, en el caso *Silverthorne Lumber Co, Inc. vs. US* (251 US 385, 1920), referente a la aprehensión ilícita de documentos por parte de agentes federales cuyo examen permitió el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo, la Corte Suprema Federal consideró que no solo los documentos sino también el resto de las pruebas obtenidas o logradas a partir de los mismos no eran utilizables, ni tampoco las copias obtenidas de los documentos originales que pretendía utilizar la Fiscalía^[46].

También en el caso *Brown vs. Illinois* (422 US 590, 1975), en un supuesto en que el acusado fue detenido ilegalmente, aunque luego se le informó de su derecho a mantener silencio conforme a lo dispuesto en la Enmienda V (las conocidas reglas *Miranda*^[47]), se estimó que la exclusión alcanzaba también a las confesiones realizadas por el impu-

[44] Por efectos psicológicos debe entenderse la eventual incidencia que una prueba ilícita puede tener en la convicción fáctica del Tribunal enjuiciador. Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de prueba ilícita*, cit. pp. 109 y ss.

[45] *Nardone vs. US* (308 US 338, 1939), en donde el juez Frankfurter acuñó por primera vez la expresión *fruit of the poisonous tree*.

[46] Aunque en dicha sentencia ya se aludió, como excepción, a que los datos o información fuera obtenida por una fuente independiente.

[47] *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966).

tado durante su detención, pues existía una evidente conexión entre dicha detención inconstitucional y las confesiones posteriores, sin que el hecho de que fuera informado de su derecho al silencio tuviera la virtualidad suficiente para romper dicho conexión causal^[48].

La eficacia refleja de la prueba ilícita puede formularse, por tanto, de la siguiente forma: la exclusión alcanza no solo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (*derivadas*), que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones, elementos o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial^[49]. La conexión entre ambas pruebas debe ser directa e inmediata.

Con arreglo a la doctrina estadounidense, la exclusión se predica tanto de las pruebas que hayan sido obtenidas como resultado *directo* de la violación constitucional como del material probatorio que deriva *indirectamente* de la misma (*derivative evidence doctrine*). Dicha exclusión alcanza tanto a evidencias (*derivative evidence*) físicas o materiales (como pueden ser las huellas digitales), como a confesiones o declaraciones realizadas por el acusado durante la detención o el registro ilegal^[50], o declaraciones de los policías que escucharon las grabaciones ilícitamente interceptadas^[51].

[48] No obstante esta sentencia consagró la excepción del nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine* o *purged taint*), a la que luego me referiré.

[49] El Tribunal Supremo español alude de forma gráfica al *efecto dominó*: STS (Sala Segunda) de 6 de octubre de 1999.

[50] Caso *Dunaway vs. New York*, 442 US 200 (1979), en donde se afirmó que: "*Where there is a close causal connection between the illegal seizure and the confession, not only is exclusion of the evidence more likely to deter similar police misconduct in the future, but use of the evidence is more likely to compromise the integrity of the courts*". No obstante, en el presente caso se descartó la aplicación de la excepción del nexo causal atenuado al constatar que la conexión causal entre el arresto policial ilegal y las declaraciones inculpativas del detenido, obtenidas durante la detención no estaba lo suficientemente atenuada (*was not sufficiently attenuated*) para permitir el uso de las mismas como prueba. Por el contrario, en el caso *Rawlings vs. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980), no se aplicó la doctrina de los frutos del árbol envenenado, pues concluyó que la confesión del detenido, llevada a cabo de forma voluntaria y previa información de derechos, no había sido un resultado directo del original arresto ilegal.

[51] La doctrina de los frutos del árbol envenenado ha sido objeto de aplicación en diferentes decisiones: caso *Silverman vs. US*, 365 US 505 (1961), en un supuesto

En la doctrina alemana no existe consenso en torno a la aceptación de la eficacia indirecta o extensiva de las prohibiciones de valoración probatoria. Roxin, aunque reconoce que no es un tema pacífico, se muestra favorable a su admisión, pues de otro modo, las prohibiciones probatorias podrían ser eludidas muy fácilmente^[52]. Sin embargo, como apunto más adelante, se muestra partidario de la excepción de los *cursos hipotéticos de investigación*. Por su parte, en la jurisprudencia del BGH alemán encontramos una tendencia mayoritaria contraria a su aplicación^[53]. No obstante, en el ámbito de

de grabación de conversaciones mediante instrumentos electrónicos; caso *Katz vs. US*, 389 US 347 (1967), en un caso de grabaciones de conversaciones telefónicas realizadas por un sospechoso desde una cabina pública, sin autorización judicial necesaria por aplicación de la IV Enmienda, y en donde, se elaboró la noción de *expectativa razonable de intimidad*; caso *Alderman vs. US*, 394 US 165 (1969), en un supuesto de escuchas electrónicas; caso *US vs. Giordano*, 416 US 505 (1974), en grabaciones telefónicas; caso *Hayes vs. Florida*, 470 US 811 (1985), en un supuesto de arresto ilegal, al haber sido practicado sin causa probable y sin autorización judicial, y posterior obtención de las huellas dactilares del sospechoso, que una vez cotejadas coincidieron con las obtenidas en la escena del crimen.

[52] ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 205. También, JÄGER, C., *Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal*, cit., p. 112, es favorable a la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

[53] Las BGHSt 32, 68, 35, 32, reconocen que en el caso de vigilancia telefónica ilícita (§ 100 a StPO) como efecto extensivo sólo cuando las declaraciones de los testigos y del acusado se basan directamente en la presentación de las actas ilícitas de la vigilancia. Para su invalidez no es suficiente que las autoridades de la investigación hayan llegado a la pista del imputado sólo en virtud de la vigilancia ilícita. Un supuesto altamente controvertido fue analizado en la BGHSt 34, 362, 364/365 (caso del espía en la celda). Un informante de la policía fue ingresado en la celda donde estaba detenido el imputado, con la finalidad de ganarse su confianza y obtener información incriminatoria en su contra. El BGH sostuvo que este método era inadmisibles por ser contraria al § 136 a StPO, y que, por tanto, la declaración obtenida no podía ser utilizada. No obstante, admitió el aprovechamiento probatorio del testigo (cómplice del imputado), identificado a través de la declaración de este último. La declaración del testigo fue utilizada como prueba de cargo para condenar al imputado detenido. Las razones alegadas en la sentencia fueron que la policía hubiese podido perfectamente identificar al testigo por otros medios, y que el uso de las pruebas indirectas o derivadas resulta necesario para un efectivo control del delito y la lucha efectiva contra la criminalidad. Esta decisión motivó críticas generalizadas por parte de la doctrina, de las que da cuenta ROXIN, C. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Bogotá, 2004, pp. 94-95 y 137-139, para quien la decisión

las infracciones al § 136 a I StPO, es posible encontrar ejemplos de reconocimiento de eficacia extensiva. Así, se ha aplicado en aquellos supuestos de confesiones policiales obtenidas mediante engaño, cuando el juez no elimina o disminuya dicha lesión cometida por la policía, por ejemplo, indicando el no aprovechamiento de dichas declaraciones anteriores. Por el contrario, no se reconocen efectos extensivos cuando el acusado confiesa igualmente conociendo su derecho a guardar silencio, y siendo consciente de la imposibilidad de aprovechamiento de sus declaraciones policiales anteriores, haciendo uso, por tanto de su libertad de decidir^[54].

En España la regla de exclusión plasmada en el mencionado artículo 11.1 LOPJ, recoge dicha eficacia refleja cuando afirma que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales”. Un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia estiman que el término *indirectamente* empleado en el precepto legal implica el reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español^[55]. No obstante, aunque la ley no utilizara este término *indirectamente*, el reconocimiento de eficacia refleja es una consecuencia que deriva necesariamente de la aplicación de la regla de exclusión. Así lo reconoció en un primer momento el propio TC español en el ámbito de las intervenciones telefónicas^[56].

del BGH resulta totalmente rechazable. Destaca que, en este caso, la utilización del testimonio está implícitamente prohibida por el § 136 a III StPO. Para dicho autor, con el rechazo de la teoría del efecto reflejo se paga un precio demasiado alto. Además, tampoco debe soslayarse la situación de privación de libertad en la que se encontraba el imputado, que favoreció la actuación de las autoridades, y por tanto, la obtención de información y su introducción a través de un tercero.

^[54] Vid. GÖSSEL, K.H. *En la búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*, cit., pp. 213-214.

^[55] En este sentido se pronuncian, entre otros, ASENSIO MELLADO, J. M^a. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 88-89; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. “Las reglas del juego. Prohibido de hacer trampas; la prueba ilegítimamente obtenida” EN: *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 170.

^[56] Vid. STC N^o 85/1994, de 14 marzo.

Como declaran en la doctrina española Díaz Cabiale y Martín Morales: "No es posible la existencia de la garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables"; y añaden más adelante que "no tiene sentido consentir que se burle una prohibición por caminos indirectos"^[57]. No se trata, por tanto, de una teoría de carácter radical, como se apunta en ocasiones. Por el contrario, la no admisión de la eficacia refleja conllevaría el reconocimiento de efectos muy limitados a la regla de exclusión, que resultarían insuficientes para asegurar la protección y garantía de los derechos fundamentales. La ausencia de reconocimiento de efectos reflejos podría ser utilizada policialmente para "tomar atajos" durante la investigación en la consecución de los objetivos propuestos y conllevaría la utilización, aunque fuera *indirectamente*, de la información obtenida de forma ilícita. Con ello la regla de exclusión se debilitaría notablemente.

4. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión pueden clasificarse según se trate de excepciones a su eficacia directa o excepciones a su eficacia refleja o expansiva. Criterio de clasificación que ha sido adoptado para el desarrollo de este apartado.

4.1. EXCEPCIÓN A LA EFICACIA DIRECTA: LA BUENA FE EN LA ACTUACIÓN POLICIAL (GOOD FAITH EXCEPTION)

Dicha excepción tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de EE.UU. Se aplicó en el caso *Leon vs. US* (468 US 897, 1984), en donde en un supuesto de investigación por tráfico de drogas la policía efectuó varios registros en los domicilios de los sospechosos, basados en un mandamiento judicial aparentemente válido,

^[57] DÍAZ CABIALE, y MARTÍN MORALES, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 71.

pero que posteriormente un Tribunal superior concluyó que se había violado la IV Enmienda al haber sido emitido sin concurrir *causa probable*. A pesar de ello, la Corte Suprema permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión del registro al estimar que la policía había actuado de *buena fe*, en la creencia razonable de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal; emitido por un magistrado independiente y neutral, por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión. Destaca que la regla de exclusión está diseñada para impedir la actuación policial ilícita pero no para sancionar los errores de jueces y magistrados. Para la Corte Suprema cualquier policía en el futuro hubiera actuado de la misma forma al contar con la cobertura de una orden judicial. Cuando la policía actúa de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito (*deterrent effect*). Como conclusión, la Corte Suprema señala que la regla de exclusión carece, en estos casos, de eficacia disuasoria por lo que debe ser inaplicada.

También se ha aplicado dicha excepción en un supuesto en que la actuación policial se había desarrollado al amparo de una ley que con posterioridad fue declarada inconstitucional^[58].

En los últimos tiempos se ha ampliado el ámbito de aplicación de dicha excepción también a supuestos de errores de las propias agencias policiales. Así, en el controvertido caso *Herring vs. U.S.*^[59]—estimado por cinco jueces frente a cuatro— se aplicó por primera vez dicha doctrina en un supuesto en que el error —consistente en no mantener actualizada la base de datos de arrestos— había sido cometido por empleados de la policía (*police employees*), de tal modo que, la orden de arresto del acusado había sido rescindida cinco meses antes^[60]. A pesar de que la

^[58] *Michigan vs. De Filippo* (443 US 31, 1979); *Illinois vs. Krull* (480 US 340, 1987).

^[59] *Herring vs. U.S.* 555, US 135 (2009).

^[60] Con arreglo a los hechos de la sentencia, un agente policial solicitó a la oficina del sheriff de un condado vecino que consultara la base informática policial de órdenes de arresto, por si existía alguna en vigor en contra del sospechoso. Al ser afirmativa la respuesta, el agente policial procedió al arresto, y durante el registro

Corte apreció la existencia de vulneración de la IV Enmienda, ante la inexistencia de orden de arresto válida en el momento de la detención, se admitieron las pruebas que habían sido obtenidas tras el arresto del acusado, quien llevaba en su poder metanfetamina y una pistola. El argumento utilizado fue que el error policial había sido el resultado de una "atenuada negligencia aislada de la detención"^[61].

Con dicha decisión se amplía la aplicación de la excepción a supuestos de errores policiales, siempre y cuando se trate de un episodio aislado de negligencia (*minor police recordkeeping errors*) y no un error sistemático o una negligencia grave o temeraria^[62]. Como ha destacado la doctrina estadounidense, esta decisión ha supuesto un verdadero giro copernicano en la doctrina de la Corte Suprema acerca del alcance de la excepción de la buena fe.

En todo caso, en un intento de introducir un criterio limitador a esta nueva doctrina, la Corte Federal Suprema afirmó que la *exclusionary rule* se aplicará exclusivamente cuando la actuación policial ilícita se lleve a cabo de forma deliberada (*deliberate*), temeraria (*reckless*) o mediante una conducta gravemente negligente (*grossly negligent*) o como consecuencia de una negligencia sistémica o periódica (*recurring or systemic negligence*). En otras palabras, el reconocimiento de la excepción de la buena fe se limita a supuestos de errores policiales siempre y cuando se trate de un episodio "aislado de negligencia" (*minor and isolated police recordkeeping errors*) y no de errores sistémicos o de supuestos de negligencia grave. Sin embargo, la Corte no fija una definición de los diferentes tipos de negligencia que menciona. Ausencia de definición que generará importantes problemas interpretativos en la práctica.

del sospechoso se le ocuparon drogas y un arma. Al poco tiempo, se constató que los datos de la base informática policial no estaban actualizados pues la orden de arresto en contra del sospechoso había sido anulada cinco meses antes.

^[61] "[...] the error was the result of isolated negligence attenuated from the arrest".

^[62] En dicha decisión John G. ROBERTS, Chief Justice, escribió: "...police conduct must be sufficiently deliberate that exclusion can meaningfully deter it, and sufficiently culpable that such deterrence is worth the price paid by the justice system".

Con arreglo a la doctrina *Herring*, la perspectiva de análisis varía sustancialmente. Ya no es necesario acreditar de forma suficiente que la policía actuó de "buena fe" para no aplicar la regla de exclusión. Basta con comprobar que la actuación policial llevada a cabo en violación de la IV Enmienda no obedeció a una conducta gravemente negligente o temeraria o no fue consecuencia de una negligencia sistémica. Conceptos que no dejan de presentar unos altos niveles de indefinición y ambigüedad. En definitiva, la aplicación o no de la *exclusionary rule* se hace depender del "tipo y grado de negligencia" en la violación constitucional.

La decisión dictada en el caso *Herring* ha suscitado duras críticas por parte de un sector de la doctrina estadounidense, al ampliar desmesuradamente la excepción de la buena fe a supuestos que con anterioridad no entraban dentro de su ámbito de aplicación y, correlativamente, limitar de forma significativa la aplicación de la regla de exclusión^[63]. En realidad, como ha destacado Lafave, la Corte creó una nueva excepción que denomina "*the negligence exception*" (excepción de negligencia)^[64], modificando sustancialmente los presupuestos sobre los que se asentaba la doctrina *Leon*. Excepción que presenta unos contornos difusos por la propia dificultad de delimitar con precisión cuando la negligencia puede ser calificada de leve o, por el contrario, de grave o temeraria, o cuando puede ser considerada como sistémica o aislada. Con arreglo a esta nueva doctrina, la aplicación de la regla de exclusión dependerá de dos circunstancias: i) el tipo de violación cometido de la IV Enmienda, y ii) el tipo y el grado de negligencia de la actuación policial. Circunstancia esta última que presenta importantes dificultades prácticas por la razón antes expuesta.

^[63] En este sentido, LAFAVE, W. R. "The smell of *Herring*: a critique of the Supreme Court's latest assault on the exclusionary rule". EN: *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, Nº 3, pp. 757 y ss. También, Vid. BRADLEY, C. M. "Is the exclusionary rule dead?". EN: *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 102, Nº 1, pp. 3 y ss. Este autor denuncia la ambigüedad y poca claridad del nivel o grado de negligencia policial exigible para que la regla de exclusión pueda ser objeto de aplicación.

^[64] LAFAVE, W. R., *Ibíd.* p. 768.

Como puede constatarse, la excepción de la buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión y ampara la utilización en el proceso penal de pruebas que en realidad, y eso nadie lo discute, fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una verdadera excepción a la aplicación directa de la propia regla de exclusión.

Dicha excepción ha sido acogida en la STC español 22/2003, en donde aun reconociendo que la prueba se había obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE) admitió la valoración de su resultado en el proceso, sin aplicar la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ, al no apreciarse dolo ni culpa en la actuación de los agentes policiales actuantes, quienes en todo momento “creyeron estar actuando conforme a la Constitución”, al recabar el consentimiento de uno de los moradores para acceder al domicilio familiar fundamento jurídico 10). La sentencia califica, en este caso, a la aplicación de la regla de exclusión de “remedio impertinente y excesivo”, lo que recuerda sobremana la concepción de remedio judicial de la exclusionary rule elaborada por la jurisprudencia estadounidense a la que antes me he referido.

La mencionada STC español núm. 22/2003 analizó un supuesto de entrada y registro policial en el domicilio del detenido, con el consentimiento exclusivo de la esposa, a su vez denunciante (se trataba de una denuncia por violencia intrafamiliar), durante el cual se ocupó un arma de fuego propiedad del acusado. La sentencia apreció una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), al estimar que el consentimiento prestado por la esposa no era válido, argumentando, en su fundamento jurídico 8, que: “el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa. Del sentido de garantía del artículo 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido”.

El punto de inflexión de la sentencia se sitúa en las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, pues el TC español lejos de aplicar la regla de exclusión *normativizada* en el artículo 11.1 LOPJ, acabó admitiendo el aprovechamiento probatorio del hallazgo del arma de fuego, y desestimó la existencia de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El núcleo central de esta nueva doctrina se encuentra en el fundamento jurídico 10, al declarar lo siguiente: “el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe, afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no solo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto. La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental..., y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del ordenamiento, *en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución*^[65] y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar”. La sentencia acaba afirmando, en el FJ 11, que

^[65] La cursiva es mía.

“la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente”.

Como puede apreciarse, ya no se trata simplemente de limitar o excluir la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino que la excepción de la buena fe actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión, admitiendo la utilización probatoria de aquellos elementos obtenidos directamente con violación de derechos fundamentales. Desde la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico no resulta admisible la aplicación de dicha excepción de la buena fe.

En esta misma línea crítica se pronunció el magistrado Jiménez Sánchez en su voto particular a la referida STC 22/2003, quien advertía que hasta este momento nunca se había cuestionado la ilegitimidad constitucional de las pruebas ilícitas, ni establecido a su respecto excepción alguna. Razona dicho magistrado afirmando que: “[...] pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea de “proceso justo”, sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial. Por tanto, la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías [...]”.

Hay que advertir que la excepción de la buena fe fija un criterio de aplicación de la regla de exclusión excesivamente inseguro e inestable. Es cierto que la intencionalidad es un factor a tener en cuenta, pero no para excluir o admitir las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales, sino para, en su caso, excluir o graduar la eventual

responsabilidad en que los agentes actuantes hubieran podido incurrir con su comportamiento vulnerador de derechos fundamentales^[66].

Además, la aplicación de dicha excepción requiere de la fijación de un estándar objetivo y razonable de buena fe. Fijación que plantea serios problemas de delimitación en la práctica y que, por tanto, genera unos altos niveles de inseguridad en los Tribunales.

4.2. EXCEPCIONES A LA EFICACIA REFLEJA

A pesar de su formulación inicial pronto la jurisprudencia estadounidense admitió la existencia de excepciones a la eficacia refleja o extensiva de la prueba ilícita. Excepciones que se han ido reconociendo también en otras legislaciones y por la jurisprudencia de otros países, como manifestación del fenómeno de progresiva *anglosajonización* de la regla de exclusión que se ha apuntado con anterioridad^[67].

Son fundamentalmente tres las excepciones a la eficacia refleja formuladas por la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de EE.UU, como se desarrolla a continuación.

4.2.1. La excepción de la fuente independiente (*Independent source doctrine*)

Puede afirmarse que, en realidad, no se trata de una verdadera excepción, sino que su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Obviamente si la prueba lícita derivada utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple con el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de efectos reflejos. En todo caso, para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista una verdadera *desconexión causal* entre la prueba ilícita original y la prueba lícita

^[66] HERNÁNDEZ GARCÍA, J. EN: AA.VV., 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada, N° 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 534.

^[67] Vid. MIRANDA ESTRAMPES, M. "La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación". EN: Revista Jueces para la Democracia, N° 47, julio 2003, p. 54.

derivada. En otras palabras, que no exista entre ambas una conexión directa e inmediata.

Entendida en estos términos, no opera como una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que representa su faceta negativa, al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada. El aspecto problemático surge cuando se califica como "prueba independiente" a aquella que realmente no tiene este carácter pues aparece claramente *vinculada* con una inicial actividad probatoria ilícita. En estos casos actúa como una verdadera excepción a la aplicación de la regla de exclusión, restringiendo su ámbito de operatividad, mediante la extensión del concepto de "prueba independiente".

Dicha excepción se aplicó, por ejemplo, en el caso *Segura vs. US* (468 US 796, 1984), en un supuesto relacionado con la investigación de un delito de tráfico de drogas, en donde la policía entró en un domicilio sin mandamiento judicial, procediendo a la detención de los ocupantes y permaneciendo en el lugar durante varias horas hasta que se obtuvo el preceptivo mandamiento. Dicha autorización judicial se obtuvo gracias a los datos indiciarios existentes antes del registro ilegal, por lo que solo se excluyó como fuente de prueba aquellos elementos que se había encontrado con la entrada inicial, a la vez que se admitió lo descubierto tras ejecutarse el mandamiento de entrada válido. La Corte concluyó que el producto de este segundo registro legal estaba totalmente desvinculado de la anterior entrada ilegal^[68].

En el caso *Bynum vs. US*, de 1960, se aplicó también esta doctrina en un supuesto en donde se excluyeron las huellas dactilares de un sospechoso tras una detención ilegal, pues se carecía de indicios suficientes. En el momento de la detención se le tomaron las huellas dactilares que tras la oportuna prueba pericial coincidían con las tomadas en el lugar del robo. No obstante, esta prueba pericial se consideró ilícita por derivar directamente de la detención ilegal que se había practicado sin tener *causa razonable*. A pesar de ello la policía

^[68] También caso *Murray vs. U.S.*, 487 US 533 (1988).

presento con posterioridad una nueva prueba pericial dactilar coincidente con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que se encontraban en los archivos del FBI y que, se afirmó, no tenían conexión con las recogidas tras la detención ilegal. La Corte Suprema Federal aceptó la validez de esta nueva prueba pericial al considerarla *independiente* y no relacionada con el arresto ilegal.

En mi opinión, difícilmente puede admitirse en este último caso que se trate de un supuesto de fuente de prueba independiente, en el sentido restringido que defiende, pues resulta evidente la existencia de una relación causal directa entre ambos tipos de pruebas. De no haberse producido el arresto, calificado de ilegal, no se hubieran cotejado las huellas del imputado con las que fueron encontradas en el lugar del robo.

En el ámbito de las *reglas Miranda* (V Enmienda) se ha admitido que, aun cuando la declaración policial se obtenga con infracción de las mismas, la policía puede utilizar cualquier pista o evidencia conseguida durante el interrogatorio para desarrollar su investigación. Las pruebas así obtenidas, no serán excluidas por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En la decisión dictada en el caso *Michigan vs. Tucker*^[69] se hizo aplicación de esta doctrina excluyendo el reconocimiento de la eficacia indirecta en el caso de confesiones prestadas con incumplimiento de la *doctrina Miranda*. Un sector de la doctrina estadounidense denuncia que el reconocimiento de esta excepción puede generar un efecto incitador (incentivador) en la policía, para el incumplimiento de las *reglas Miranda*, con el fin de obtener evidencias incriminatorias que, a pesar de la violación inicial podrán ser admitidas en el proceso en contra del imputado^[70].

^[69] *Michigan vs. Tucker* 417 U.S. 433 (1974). En este caso autorizó la declaración del testigo que incriminaba al acusado, a pesar de que su identidad había sido obtenida durante una confesión con infracción de la doctrina *Miranda*.

^[70] Efecto denunciado por THAMAN, S. C., "*Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de Derecho*", cit., p. 86, quien señala que: "los departamentos de policía inician con frecuencia los interrogatorios a los detenidos, ignorando las advertencias establecidas en la decisión *Miranda*, a fin de obtener pistas para una investigación más efectiva, o pruebas, para contradecir al procesado si piensa declarar en el juicio oral".

Puede observarse como la doctrina de la fuente independiente acaba operando en la práctica como una verdadera *fente* de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, mediante una ampliación desmesurada del concepto de "prueba independiente". La independencia ya no se predica solo de los casos en que exista una desconexión causal sino, también, de aquellos supuestos en que aún constatándose una relación causal (causa-efecto) entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse de *prueba jurídicamente independiente*. Recientemente el TC español ha incluido entre los criterios para calificar a una prueba como "jurídicamente independiente" el factor temporal, esto es, el largo periodo de tiempo transcurrido entre una prueba y otra^[71].

4.2.2. La excepción del descubrimiento inevitable (*Inevitable discovery* o *Hypothetical independent source doctrine*)

En su formulación por la Corte Suprema Federal de los EE.UU., no cabría la exclusión de la prueba lícita derivada si la misma hubiera sido descubierta *inevitablemente* por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida.

Dicha excepción se apreció, como modalidad de la excepción de la fuente independiente, en el caso *Nix vs. Williams* (467 US 431, 1984). Resumidamente los hechos analizados eran los siguientes: durante un interrogatorio policial ilegal el sospechoso confesó ser el culpable del secuestro y asesinato de una niña de 10 años y llevo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El Tribunal excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios según un previo plan de rastreo que incluía la zona donde finalmente se encontró el cadáver de la niña. La Corte

^[71] Vid. STC 66/2009, FJ 5, en un caso de intervenciones telefónicas ilícitas y posterior entrada y registro domiciliario practicado lícitamente.

Suprema Federal admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que, aunque ésta no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan sólo una pocas horas de diferencia durante la batida policial que estaba teniendo lugar en la zona^[72].

No obstante, como pone de manifiesto un sector de la propia doctrina estadounidense, el efecto de *aceleramiento* de los resultados de la investigación en que se basa dicha excepción, parte de una hipótesis que, en definitiva, no se corresponde con los hechos realmente acontecidos. En la doctrina estadounidense, Salas Calero nos dice que esta excepción ha estado sometida a numerosas críticas y ha dado lugar a resultados distintos en su aplicación por las Cortes de Apelaciones. En todo caso, como criterio restrictivo, se requiere que el Gobierno acredite fehacientemente que la evidencia obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido igualmente descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original^[73]. Como mecanismo de restricción en la aplicación de dicha excepción, se exige la demostración fehaciente, por parte de las acusaciones, de la *inevitabilidad* del descubrimiento, esto es, que la prueba obtenida como resultado de una violación inconstitucional hubiera sido *inevitablemente* descubierta por medios lícitos e *independientes* de la conducta ilícita original.

Aunque no puede negarse, desde un posicionamiento crítico, que el criterio de *inevitabilidad* contiene una alta dosis de indefinición que hace que dicha excepción se presente en términos excesivamente porosos y ambiguos con los *inevitables* riesgos intrínsecos que ello conlleva para el derecho a la presunción de inocencia.

El TS español (Sala de lo Penal) reconoció dicha excepción en la STS de 4 de julio de 1997^[74], aunque limitó su aplicación a los

[72] Esta doctrina se aplicó, también, en el caso *Oregon vs. Elstad*, 470 US 298 (1985).

[73] SALAS CALERO, L. "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos". EN: Revista Poder Judicial, N° 66, pp. 386 y ss.

[74] También en SSTS (Sala de lo Penal) 18 abril 1997, 26 mayo 1997 y 21 mayo 2002.

supuestos de actuaciones policiales de *buena fe*. Concretamente dicha sentencia declara, en su FJ 4 que: "Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del "descubrimiento inevitable". En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína "al por mayor". Es decir que "inevitablemente" y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada. En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues -con independencia de ellos- *las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha*^[75], como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención". La STS acaba razonando que "la limitación del "descubrimiento inevitable" debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de "buena fe", para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a "acelerar" por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente [...]"

^[75] La cursiva es mía.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia resulta difícilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, y la excepción del "descubrimiento inevitable" autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la hipotética base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron por otras vías vulneradoras de derechos fundamentales^[76]. Dicha excepción tiene, por tanto, un componente altamente especulativo.

4.2.3. La excepción del nexo causal atenuado (*Attenuated connection doctrine* o *Purged taint*).

Esta excepción es, en realidad, una modalidad o variante de la excepción de la *fuerza independiente* que ya ha sido expuesta. El *leading case* viene representado por el caso *Wong Sun vs. U.S.* (371 US 471, 1963). Se trataba de un supuesto en que se había producido una entrada ilegal en un domicilio que motivó la detención de una persona (A); ésta en su declaración acusó a otra persona (B) de haber vendido droga. Como consecuencia de esta declaración se procedió a la detención de B en su domicilio, sin orden de arresto y sin mediar mandamiento judicial, incautándose una determinada cantidad de droga, implicando en su declaración a un tercero (Wong Sun), quien también fue detenido en su domicilio sin mandamiento judicial ni orden de arresto. Varios días después, tras haber sido puesto en libertad bajo fianza, Wong Sun retornó voluntariamente a las dependencias policiales y efectuó una confesión *voluntaria* y con previa información de sus derechos ante los agentes policiales que le interrogaron. El Tribunal rechazó todas las pruebas menos esta última confesión, aun reconociendo que si no hubieran existido las iniciales entradas y arrestos ilegales pro-

[76] VELASCO NUÑEZ, E. "Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)". EN: Revista General de Derecho, Nº 624, septiembre 1996, pp. 10164-10165, ponía de manifiesto las dudas de constitucionalidad de la recepción de dicha excepción en el ordenamiento jurídico español.

blemente no se hubiera producido. Frente a este argumento destacó la *voluntariedad* de dicha confesión y el que se le hubiera advertido previamente de sus derechos (*advertencias Miranda*), lo que a juicio de la Corte Suprema Federal introducía un acto *independiente* sanador que rompía la cadena causal con la vulneración inicial.

Con arreglo a dicha excepción, la Corte Suprema no descarta la existencia de una relación causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba lícita derivada, no obstante, advierte que dicho nexo aparece tan atenuado que no existe obstáculo alguno en admitir la prueba lícita derivada en el proceso. En realidad, como he adelantado, se trata de una modalidad de la *excepción de la fuente independiente*, en donde si bien se admite la existencia de relación o conexión entre la prueba ilícita originaria y la prueba lícita derivada la misma, como consecuencia de una actuación libre y voluntaria del acusado –como fue, en el caso analizado, su decisión de comparecer y prestar declaración voluntaria–, la misma aparece tan debilitada o atenuada que no impide la utilización de la segunda. Dicha actuación acaba rompiendo la relación causal existente, posibilitando el aprovechamiento probatorio de la prueba derivada.

Para la Corte Suprema Federal de EE.UU son varios los criterios que permiten determinar la atenuación de la relación causal, entre los que destaca, entre otros, a) el tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita derivada, b) la gravedad de la violación originaria y c) el elemento de voluntariedad que debe predicarse de las confesiones practicadas con todas las garantías y previa información de derechos^[77].

Como puede observarse, esta excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado –atenuado– que autoriza la utilización en el proceso de la prueba lícita derivada.

La STC español 86/1995 parece inspirarse en esta excepción al atribuir a la *confesión voluntaria del acusado*, ante el Juez de Instruc-

^[77] U.S. vs. *Ceccolini*, 435 US 268 (1978).

ción^[78] y en el acto del juicio oral, la condición de “prueba jurídicamente independiente”. Dicha sentencia afirma que: “Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración de los recurrentes a la presunción de inocencia”. El propio TC español reconoce la existencia de relación causal entre la intervención telefónica practicada con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues no había existido autorización judicial, y la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios, pero a continuación añade que: “[...] la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención [...]”. Según esta doctrina, es suficiente para su utilización probatoria que el imputado hubiera sido informado de sus derechos con carácter previo a la declaración y que hubiera estado asistido de Abogado (vid. FJ 4).

En mi opinión, no parecía existir ningún obstáculo en admitir que la confesión voluntaria del acusado era una *prueba diferente*, pero lo realmente discutible era atribuirle la condición de *prueba independiente* pues se encontraba causalmente conectada con la inicial prueba ilícita.

Dicha sentencia fue objeto de duras y acertadas críticas por parte de un sector de la doctrina. Merece ser recordada la que en su día hizo el magistrado Carmona Ruano, evidenciando que no resulta neutral o indiferente el momento procesal en que se aprecia y declara la ilicitud probatoria^[79]. Como apunta también, el magistrado, Andrés Ibáñez la confesión así obtenida también sería ilícita pues no podría autorizarse el interrogatorio que versara sobre los datos, efectos u

[78] No hay que olvidar que esta confesión sumarial tuvo lugar en un momento en que no estaba prevista legalmente la entrevista previa del imputado con su Letrado, introducida en el actual art. 775 LECrim, según redacción dada por la Ley 38/2002.

[79] CARMONA RUANO, M. “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”. EN: Revista Jueces para la Democracia, N° 25, julio, 1996, pp. 95 y ss. En esta misma línea crítica FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. “Las reglas del juego. Prohibido de hacer trampas; la prueba ilegítimamente obtenida”, cit., pp. 185-187. Véase, también nuestro trabajo: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pp. 116 y 117.

objetos obtenidos durante la práctica de la diligencia vulneradora de derechos fundamentales (por ejemplo, durante un registro domiciliario ilícito). Dicho autor afirma que: "En efecto, si la nulidad del registro es absoluta e insubsanable ello quiere decir que dejarían de tener relevancia procesal los objetos hallados en el mismo. Y, siendo así, no se entiende con base en qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente. Habría incluso que cuestionar si, de llegar, no obstante, a hacerse la pregunta, ésta no daría lugar a una confesión o testifical ilícita por la ilicitud de la fuente de información utilizada para formularla: y, además generadora de indefensión, puesto que la misma se habría hecho con prevalimiento de la circunstancia de que normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal"^[80].

Según esta doctrina, la confesión del acusado actuaría, en realidad, como elemento subsanador de la ilicitud inicial, incorporándose por esta vía al proceso la información así como los efectos y las piezas de convicción obtenidas durante la diligencia ilícita, que recuperarían de esta forma una plena virtualidad probatoria. Como advertía el magistrado Jorge Barreiro, incluso antes de que se dictara la STC 86/1995: "[...] parece contradictorio y poco coherente el establecer, por una parte, que la diligencia es nula de pleno derecho y que no produce, en consecuencia, efectos probatorios de ninguna clase y después, por otra, concluir que la declaración del inculpado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y resulta contradictorio porque al admitir este último medio de prueba estamos dándole operatividad y eficacia a la propia diligencia de reconocimiento. Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también

^[80] ANDRÉS IBÁÑEZ, P. "La función de las garantías en la actividad probatoria". EN: AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993, p. 240.

resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración autoinculpatoria del acusado, y suprimiendo de la mente de los Magistrados la existencia del registro, no habrían seguramente dictado una condena^[81].

La aplicación de la doctrina del nexo causal atenuado lleva a unos resultados difícilmente aceptables, al permitir la utilización probatoria de la información y evidencias obtenidas con la práctica de una prueba ilícita.

4.2.4. La doctrina de los cursos de investigación hipotéticos

Dicha teoría (*hypothetische Ermittlungsverläufe*), que ha tenido su desarrollo en Alemania, propugna la aceptación de la utilización del material probatorio obtenido antijurídicamente en aquellos supuestos en que ese material pudo haber sido obtenido sin lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de prueba.

Doctrina que ha sido aplicada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en determinados casos. Así, por ejemplo, el parágrafo 81a StPO autoriza que una prueba de sangre del imputado sea obtenida sólo por un médico. No obstante, el Tribunal Supremo Federal ha admitido que en casos de obtención de muestras de sangre por parte de terceros que no son médicos, puedan utilizarse dichas muestras pues la prueba de sangre pudo haberse obtenido en cualquier momento por vías legítimas mediante la presencia de un médico. En este tipo de situaciones la jurisprudencia privilegia el interés en el esclarecimiento de los hechos, especialmente cuando se trata de conducción de vehículos a motor bajo la influencia del alcohol. No obstante, se ha descartado su aplicación en los casos de violaciones deliberadas o intencionadas, o cuando se emplearan medios ilegales en su práctica, al provocar una violación del *fair trial*.

También se ha aplicado en casos de vulneraciones de las reglas de competencia de los tribunales para la adopción de medidas coactivas.

[81] JORGE BARREIRO, A. "La prueba ilícita en el proceso penal". EN: Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación, 1992, Vol. II, C.G.P.J., Madrid, 1993, p. 1237.

El BGH la admitió en el conocido *caso Weimar* de 1989, en donde se llevó a cabo un registro domiciliario sin la preceptiva orden de registro judicial; no obstante, en el transcurso de un segundo registro, realizado de forma legal, se encontraron algunas vestimentas que fueron empleadas posteriormente para condenar al imputado por el homicidio de un niño. El BGH admitió la prueba por vía excepcional acudiendo al argumento de los cursos de investigación hipotéticos, afirmando que los órganos de investigación habrían podido obtener en cualquier momento una orden judicial de registro domiciliario.

En la doctrina, Jäger se mostró muy crítico con dicha decisión. Para este autor, la aplicación de la teoría de los cursos hipotéticos de investigación es totalmente inadecuada en el ámbito de las normas sobre competencia judicial, pues en síntesis, la determinación posterior de los procesos de decisión por vía hipotética resulta imposible. Advierte, también, que la aplicación de dicha teoría en el ámbito de las disposiciones sobre competencia conduce a un cambio ilegítimo de perspectiva, pues cuando se pregunta si la orden de registro domiciliario pudo haber sido emitida por el juez, entonces no se busca ya la solución del problema en un error formal de competencia, sino que, en verdad se está investigando si las condiciones materiales para la emisión de la orden de registro estaban dadas. Esta vía no es, sin embargo, metodológicamente la correcta, ya que de esta manera se equipara un error en las condiciones formales con la existencia de condiciones materiales. Con eso, se desconoce que la solución para defectos de competencia no se puede buscar en el ámbito material, ya que de esa forma la cuestión se ignoraría totalmente^[82].

Para algunos autores la aplicación de dicha doctrina debe limitarse a aquellos supuestos en que ya existiera en marcha un proceso causal mediante el cual se hubiera obtenido con una alta probabilidad el mismo resultado de la investigación^[83]. Desde este enfoque, la doctrina se asemejaría a la excepción del descubrimiento inevitable examinada con anterioridad.

[82] JÄGER, C. *Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal*, cit., pp. 107-109.

[83] *Ibíd.* p. 106.

Roxin afirma que una prohibición de valoración probatoria no es improcedente cuando el medio de prueba hubiera sido obtenido, también, posiblemente, sin el vicio de procedimiento; antes bien, su obtención debe haber sido realizada *muy probablemente*, en virtud de las investigaciones precedentes en marcha. La posibilidad de obtención legal de las pruebas no debe obedecer a un planteamiento abstracto, sino que deben tomarse en cuenta solamente los cursos causales que ya estaban dados en una investigación en marcha. Dicho autor afirma que el *hypothetic clean path*, esto es, la vía limpia, debe ser una *imminent source of evidence* y no una mera posibilidad abstracta^[84]. Conforme a esta posición, la aplicación de la doctrina de los cursos hipotéticos de investigación debe ser rechazada cuando a la vista de una investigación anterior e independiente la obtención legítima del resultado probatorio no resultaba muy probable.

Sin embargo, añade el mismo autor que también en ese caso se debe afirmar la existencia de una prohibición de valoración cuando, tratándose de faltas graves al procedimiento, ello es imprescindible por motivos de tutela jurídica preventiva. Como ejemplo menciona, el supuesto de competencia judicial exclusiva para ordenar una vigilancia electrónica (prevista en el § 100b StPO), que no tendría sentido si los resultados de una escucha policial arbitraria fueran valorables sólo porque la policía hubiera podido solicitar una orden judicial^[85].

4.2.5. La denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad

Particular atención merece la conocida como doctrina de la conexión de antijuridicidad. Si bien en su formulación teórica se elaboró para limitar los efectos reflejos de la prueba ilícita, lo cierto es que en la práctica opera posibilitando el reconocimiento de excepciones a la propia eficacia directa de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, al permitir la utilización en el proceso de los datos y evidencias obtenidas con su práctica.

[84] ROXIN, C. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, cit., p. 139.

[85] ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 193 y 206.

Dicha doctrina tiene su origen en la STC español 81/1998 según la cual para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que es necesaria además la existencia de una “conexión de antijuridicidad”, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (lo que el TC denomina, respectivamente, perspectivas *interna* y *externa*)^[86].

La mencionada STC 81/1998 declara, en su FJ 4, que: “Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”. Desde esta última perspectiva deberá analizarse la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida (vid. FJ 6)^[87].

Desde el plano teórico, la doctrina de la conexión de antijuridicidad trata de ofrecer criterios de decisión a los Jueces y Tribunales

^[86] Vid., también, SSTC 171/1999; 8/2000; 28/2002; 184/2003; 259/2005; 127/2009.

^[87] En el caso analizado se descartó la aplicación de eficacia refleja pues la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones había consistido en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, vulneración que, a juicio del TC, no imponía la necesidad de extender la prohibición de valoración a las pruebas derivadas.

ordinarios para que ponderen y se pronuncien sobre la extensión de la prohibición de valoración de la prueba ilícita originaria a las pruebas lícitas derivadas. Para ello ya no será suficiente con constatar, simplemente, una relación de causalidad entre unas y otras sino que resulta imprescindible, además, comprobar la existencia de una "conexión de antijuridicidad" entre ambas con arreglo a los criterios que fija el propio TC. No obstante, en la práctica, como apunte con anterioridad, dicha doctrina actúa como una suerte de mecanismo justificativo de carácter *abierto y permeable* que posibilita el acceso de excepciones tanto a la eficacia refleja de la prueba ilícita como a su eficacia directa.

Bajo la cobertura de dicha doctrina se viene admitiendo que la confesión voluntaria del acusado, practicada previa información de derechos y con todas las garantías, tiene la virtualidad suficiente para convalidar los hallazgos obtenidos fruto de una inicial actuación violatoria de los derechos fundamentales, calificando a dicha confesión de *prueba jurídicamente independiente*^[88]. Para la doctrina del TC español la confesión voluntaria del acusado permite dar por rota *jurídicamente* cualquier conexión causal con el acto inicial ilícito.

Esta doctrina resulta altamente discutible por su carácter marcadamente artificial, pues mediante esta argumentación se acaba reconociendo a la confesión del acusado virtualidad para subsanar las ilicitudes cometidas inicialmente, autorizando, por esta vía, el acceso al proceso de los elementos probatorios obtenidos con la práctica de una diligencia de investigación vulneradora de derechos fundamentales. Con ello se incumple la prohibición legal de valoración contenida en el art. 11. LOPJ. Por otro lado, difícilmente puede admitirse que se trate de una confesión *voluntaria*, pues como pone de manifiesto un sector de la doctrina, si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado su participación en los hechos^[89].

[88] Vid., por ejemplo, SSTC español 86/1995, 239/1999, 161/1999, 8/2000, 136/2006 y 49/2007.

[89] GASCÓN ABELLÁN, M., "¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita". EN: Revista Jueces para la Democracia, Nº 52, marzo 2005, p. 82.

Otra de las excepciones que se han introducido al amparo de la doctrina de la conexión de antijuridicidad ha sido la del *descubrimiento probablemente independiente*. La utilización del término *probablemente* ya es indicativa del carácter excesivamente abierto de su formulación. Esta excepción se aplicó por primera vez en la mencionada STC 81/1998 al estimarse que el dato obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato "neutro", pues no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga en poder del acusado (FJ 5). Dicha excepción se ha aplicado, también, en las SSTC 171/1999 y 238/1999. Esta construcción produce, *de facto*, una reducción del estándar de *inevitabilidad* exigido en la excepción del *inevitable discovery*, que obliga a las acusaciones a acreditar de forma fehaciente que la prueba se hubiera obtenido necesariamente aun cuando la inicial ilicitud no hubiera tenido lugar. Por tanto, el estándar de *inevitabilidad* se sustituye por el menos exigente de *probabilidad*, ampliándose de esta forma el campo de aplicación de la excepción y reduciéndose, correlativamente, el ámbito de operatividad de la regla de exclusión.

Como se ha podido observar, la regla de exclusión de las pruebas ilícitas se ha visto sometida a un proceso de progresivo debilitamiento que ha acabado cuestionando o, como mínimo, desnaturalizando su originario fundamento constitucional.

LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN EN COLOMBIA Y EN EL DERECHO COMPARADO

*Mario Nicolás Cadavid Botero**

* Fiscal del Honorable Tribunal Superior de Medellín. Profesor de derecho procesal y probatorio de las Universidades de Medellín, Autónoma y Cooperativa de Colombia. Estudios de especialización en derecho probatorio U. de Salamanca-España, en derecho penal y criminalística, U. de Medellín- Colombia.

1. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Dado que en nuestros sistemas andinos no existía, al menos no que conozcamos, un fenómeno procesal o probatorio autóctono que permitiera la exclusión de evidencia o la exclusión probatoria, diferente por cierto al sistema de legalidad de la prueba, necesariamente hemos de referirnos a las experiencias de otros sistemas procesales, terminando con una breve acotación o referencia a los tratados internacionales.

1.1. LOS SISTEMAS DE TRADICIÓN ANGLOSAJONA

En primer lugar, hemos de aclarar que en dichos países (Estados Unidos, Canadá^[1], Australia y Reino Unido, entre otros), si bien existe la denominada regla de exclusión^[2], que da a los policías, fiscales y jueces la posibilidad de extraer de la actuación las pruebas ilegítimas, utilizan diferentes aplicaciones para obtener ese propósito. En los tres últimos, la cláusula de exclusión operará como una especie de potestad discrecional tardíamente reconocida, propia de los jueces. En los Estados Unidos, desde el año de 1897^[3], la cláusula de exclusión

^[1] La exclusión de pruebas está prevista en la Constitución, Sección 24, pero de manera elástica y discrecional para los jueces que deben juzgar sobre el desprestigio para la administración de justicia que tendría su admisión.

^[2] *Exclusionary rule.*

^[3] En *Bram vs. US.* se sostuvo que las confesiones involuntarias eran indignas de fiar y, por lo tanto, debían ser excluidas. Como la Corte no sostuvo una versión fuerte de la regla de exclusión que permitiera su aplicación uniformemente para excluir todas las evidencias que se juntaran cometiendo violaciones a la Carta de Derechos, y en su lugar anunció una versión débil que excluía solo las confesio-

fue reconocida por la Corte Suprema y está sujeta a una reglas de aplicación claras^[4].

Dado que el sistema norteamericano es nuestro más próximo referente, hemos de tomarlo como exponente máximo de dicha tradición. En ese país, la cláusula de exclusión impone que la prueba directamente o indirectamente obtenida con violación de los derechos protegidos por la cuarta^[5], quinta^[6], y sexta^[7] enmiendas de la Constitución, no puede ser utilizada en un juicio oral para establecer la culpabilidad del acusado cuyos derechos fueron violados^[8]. Adicionalmente, para proteger el derecho a la no autoincriminación y otros derechos fundamentales consagrados en la quinta y sexta enmiendas, la Corte Suprema, en *Miranda vs. Arizona* (1966), fijó como requisito ineludible la comunicación al capturado, en el momento mismo de la captura, de una serie de derechos^[9]; la violación de este requisito puede derivar en la aplicación de la cláusula de exclusión a las declaraciones del retenido.

nes involuntarias obtenidas en violación a la Quinta Enmienda, algunos ven el primer antecedente de la cláusula de exclusión en *Weeks vs US MAY*, caso en el cual se señaló que en los procesos federales no podrían usarse en la fase del juicio oral los medios de convicción que se hubiesen recolectado con clara violación de la cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

[4] Se extiende a violaciones de la cuarta enmienda en *Weeks vs. United States* (1914). De 1897-1960, la cláusula de exclusión es limitada a procesos federales: *Blackburn vs. Alabama* (1960) y *Mapp vs. Ohio* (1961). *Massiah vs. U.S.* (1964) y *U.S. vs. Wade* (1967) y son dos casos de la Corte Suprema en donde se aplicaron, por primera vez, la cláusula de exclusión por violaciones de la sexta enmienda.

[5] Básicamente ha de entenderse que cuando la policía o sus agentes procedan a registrar o allanar una propiedad o lugar en el que la persona afectada tenga una expectativa razonable de intimidad, requieren la existencia previa de una orden judicial apoyada por causa probable.

[6] El derecho al debido proceso incluye el derecho que le asiste al individuo de que cualquier declaración que haga en su contra, después de la captura, y que sea consecuencia de los interrogatorios de la policía o sus agentes, sean libres de toda coerción.

[7] Que protege el derecho de un capturado a tener un abogado defensor presente durante todas las actuaciones importantes del proceso penal.

[8] Salvo *Calandra vs U.S.*

[9] Derecho a guardar el silencio. Derecho a conocer que si la persona declara, sus declaraciones pueden ser usadas en su contra. Derecho a tener presente un abogado si lo desea durante su interrogatorio. Derecho a terminar su interrogatorio en cualquier momento que la persona lo desea. Si la persona no puede pagar por un abogado que lo represente durante su interrogatorio, el gobierno se lo proveerá.

En el sistema norteamericano, la cláusula de exclusión tiene como fundamento: (i) disuadir o desalentar a los funcionarios de orden público, de tal manera que no violen la protección constitucional^[10]; (ii) evitar que las cortes sean cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir evidencia ilegalmente obtenida^[11]; y, (iii) impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales y que el público pierda confianza en el gobierno^[12].

Por ese motivo, se dice que la cláusula de exclusión no es un derecho constitucional independiente^[13], en cuanto se entiende como una figura creada por la Corte Suprema para castigar violaciones de los derechos fundamentales y prevenir violaciones de estos derechos por parte de la Policía.

En razón de ello, en aquellos casos en los cuales la exclusión de la evidencia pertinente no promoviera ese propósito, la Corte Suprema no aplica la cláusula de exclusión, aunque la violación se haya dado. El sistema norteamericano promueve básicamente cuatro excepciones que buscan salvar la prueba así obtenida, a saber: la fuente independiente, el descubrimiento inevitable^[14], el vínculo atenuado y la buena fe^[15], las tres primeras reconocidas en el sistema colombiano^[16].

[10] Función disuasiva (*Deterrence*).

[11] Función protectora.

[12] Función ejemplarizante.

[13] A diferencia de lo que sucede en el sistema colombiano.

[14] *Inevitable discovery*.

[15] Al respecto se ha sostenido que el descubrimiento inevitable permite que la prueba derivada sea admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito; el vínculo atenuado se presenta si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; y, frente a la fuente independiente, se dice que si la evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso.

[16] Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

Importante destacar que en el caso *United States vs Calandra* (1974) 414 US 338, la Corte, al considerar como factor primordial de justificación de la regla de exclusión la disuasión, admitió que las pruebas viciadas fueron conocidas y valoradas previamente por un gran jurado. Desde entonces, la regla de exclusión se ha interpretado de manera restrictiva o ha sido simplemente inaplicada^[17].

Desde esa óptica, la Corte Constitucional colombiana entendió que:

“... Aunque la Corte ha reconocido expresamente que no existe evidencia empírica para comprobar que la regla de exclusión efectivamente disuade a la policía de violar las garantías constitucionales, ha sostenido que mientras no se refute científicamente su potencial disuasivo, se debe presumir que cumple dicha función. Por eso, en Estados Unidos importa menos reparar la arbitrariedad en el caso juzgado con base en una prueba inconstitucional, que evitar que en el futuro se vuelva a repetir la misma arbitrariedad en desmedro de todo el sistema constitucional de derechos y libertades. De ahí que sospechosos de haber cometido graves crímenes sean dejados en libertad cuando la evidencia que los incrimina es inconstitucional”^[18].

Artículo 455. nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

^[17] Al parecer se efectuó un análisis costo-beneficio del daño ocasionado y las consecuencias de la exclusión, máxime que de lo que se trata en el sistema norteamericano no es de reparar un derecho constitucional afectado sino disuadir su quebrantamiento. Si ello es cierto, nos preguntamos: ¿nos hemos aferrado a una teoría con fundamentación en decadencia?

^[18] Sentencia SU 159 de 2002.

1.2. LOS SISTEMAS DE TRADICIÓN ROMANA

En Italia y Francia, países de tradición romana, las pruebas irregularmente obtenidas son sometidas a un régimen de nulidades. Por ejemplo, en Francia se consagra un sistema (i) de nulidades específicas, basado en la legislación, que nos permitiría hablar de nulidades textuales, entre las cuales se encuentran aquellas aplicables en eventos de allanamientos de domicilio; y, (ii) de nulidades virtuales, que suponen una amplia discrecionalidad de los jueces. Una y otra requieren, para su declaración y reconocimiento, la causación de un perjuicio a la parte afectada^[19].

En Italia, la Ley Procesal Penal, en su artículo 191, consagra la nulidad de la prueba ilícita^[20], y autoriza su aplicación de manera amplia, en cualquier estado del proceso; posibilita incluso que se declare en forma oficiosa^[21], máxime que no la condiciona a la existencia de un perjuicio para el inculcado ni exceptúa las irregularidades menores. Sin embargo, su aplicación es bastante limitada y exige del juez, conforme lo dispone el artículo 546, una justificación del por qué no puede aprovecharse de esos resultados.

En España, la regla de exclusión está establecida en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atañe a pruebas obtenidas directa o indirectamente en contravención de derechos y libertades fundamentales. Se considera que esa regla es aplicación de la garantía del artículo 24.2 de la Constitución. La jurisprudencia, sin embargo, no siempre es rigurosa al declarar las nulidades y excepciona su aplicación conforme a varios criterios, entre ellos: (i) el descubrimiento inevita-

[19] En general solo pueden ser invocadas durante la instrucción y deben ser declaradas por la Cámara de Acusación, pues en el tribunal de juicio es muy limitada la posibilidad de declarar nulidades.

[20] "Inutilisabilidad".

[21] Se considera que en el sistema eurocontinental, el régimen italiano es el más favorable a la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas.

ble^[22], (ii) el vínculo atenuado^[23], (iii) la conexión de antijuridicidad^[24] y, (iv) el descubrimiento probablemente independiente^[25]. Tal vez, por

^[22] El Tribunal Supremo español reconoce dicha excepción al afirmar: "Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del 'descubrimiento inevitable'. En efecto, consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de agentes de la Policía Autónoma vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína 'al por mayor'. Es decir que, 'inevitablemente', y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada. En consecuencia, la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues —con independencia de ellos— *las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha*, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención, ...la limitación del 'descubrimiento inevitable' debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de 'buena fe', para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a 'acelerar' por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente...".

^[23] Según MIRANDA ESTRAMPES, la STC 86/1995 aparece inspirada en esta excepción al atribuir a la *confesión voluntaria del acusado*, ante el juez de instrucción y en el actq del juicio oral, la condición de "prueba jurídicamente independiente", afirmando que tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente inculpatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración de los recurrentes a la presunción de inocencia.

^[24] Dicha doctrina tiene su origen en la STC 81/1998, según la cual para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que es necesaria además la existencia de una "conexión de antijuridicidad", cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud.

^[25] Reconocida en la STC 81/1998 y reiterada en las SSTC 171/1999 y 238/1999 que, vaya paradoja, supone una amplitud de estándares frente al denominado inevitable *discovery*.

ese motivo, se indica que “el Tribunal Constitucional español ha ido de una mayor amplitud de contenidos a una mayor restricción de supuestos maniobrando conceptos que no se utilizan para defender el contenido esencial de derechos fundamentales, sino precisamente para todo lo contrario, esto es, para restringir los efectos de la violación de un derecho fundamental”^[26].

1.3. SISTEMAS DE TRADICIÓN GERMÁNICA

Obviamente, como ejemplos del mismo, Suiza y Alemania. En el primero no existen ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar, caso por caso, cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes. De otro lado, en el sistema alemán sucede algo similar, pues no se encuentra específicamente regulada la exclusión, aunque sí lo están la inadmisibilidad de ciertos medios probatorios, como declaraciones tomadas en franca violación de derechos fundamentales, bajo hipnosis o mediante violencia, por ejemplo^[27]. No obstante, en dicho sistema se han creado dos teorías que pretenden solucionar el asunto, como bien enseñan Roxin^[28] y Jäger^[29]: la teoría del entorno jurídico y la teoría de los tres círculos.

La primera, esto es, la *teoría del entorno jurídico* elaborada por el Tribunal Supremo Federal alemán, permite que “cuando se lesionen prohibiciones de producción de la prueba la posibilidad de revisar y, con ello, también la valoración de los resultados probatorios obtenidos, depende de si la lesión afecta de forma esencial al ámbito de derechos del recurrente o si ella es solo de una importancia secundaria o no

[26] J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, 2004.

[27] En Alemania se distingue para estos efectos entre la prohibición de obtener la prueba (*Beweiserhebungsverbot*) y la prohibición de utilizarla en el proceso (*Beweiserwertungsverbot*).

[28] ROXIN, C. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 192 y ss.

[29] JÄGER, C. *Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Placido Editor, 2003, pp. 93 y ss.

tiene importancia alguna para él. No obstante, esta doctrina no está exenta de críticas por amplios sectores doctrinales pues la distinción entre afectación esencial y accesorio de la esfera jurídica no posibilita la fijación, en sede de revisión casacional, de un criterio de delimitación razonable produciendo, a veces, resultados contradictorios^[30].

De otra parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán elaboró la *teoría de los tres círculos o esferas* en atención al grado de afectación de los derechos consagrados en los artículos 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental alemana^[31]. Con arreglo a dicha doctrina, se reconoce (i) un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada (ii) un núcleo de privacidad que debe ponderarse frente a los intereses públicos, y, (iii) un núcleo de ausencia de privacidad por ausencia de afectación de derechos.

Así entonces, se explica:

“Con arreglo a dicha doctrina se reconoce un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada (privacidad personal) inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*. En la segunda esfera de protección la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación, con observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del *ius puniendi*, son los intereses de una administración de justicia penal funcional. Entre los criterios que la jurisprudencia alemana maneja en este ámbito adquiere particular relevancia el de la gravedad del delito objeto de investigación. Por último, en la tercera esfera las intervenciones estatales se admitirían ilimitadamente al no existir, en realidad, afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad”^[32].

^[30] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”. EN: Revista Catalana de Seguritat Pública, Barcelona, 2010.

^[31] Relacionados con el ámbito de protección de los derechos de la personalidad y el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

^[32] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”. EN: Revista Catalana de Seguritat Pública. Mayo de 2010.

En Alemania, concluyen algunos, a diferencia de lo que sucede en el sistema norteamericano, pesa más el fin de lograr que se haga justicia a partir de la verdad real en el caso concreto, en el cual se incorporó una prueba inconstitucional o ilícita, pues lo que cuenta es que en el evento específico se realicen cabalmente los principios e intereses públicos indispensables para que se haga justicia^[33]. No obstante, otros consideran que aquello que los alemanes denominan el “criterio de proporcionalidad” de intereses, con base en el cual excepcionalmente y en casos extremos se admite la prueba ilícita en búsqueda del equilibrio entre los valores fundamentales en conflicto, no es otra cosa que un criterio político que privilegia el interés del Estado sobre el de la persona, disfrazando el primero con presuntos intereses generales o colectivos^[34], olvidando, como lo señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el “creciente nivel de exigencia en materia de protección de derechos Humanos y de las libertades fundamentales implica paralela e inevitablemente una mayor firmeza en la apreciación de los ataques a los valores fundamentales de las sociedades democráticas.^[35]”

1.4 TRATADOS INTERNACIONALES

En el ámbito del derecho internacional, básicamente encontramos como hitos de su evolución los siguientes: el artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica; el artículo 15 de la Convención Interamericana contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradante; y el artículo 69 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

[33] “Así, en Alemania es más difícil que el autor de un crimen grave sea dejado en libertad a raíz de la obtención inconstitucional de la prueba que lo incrimina. Ello es ilustrado claramente por dos casos relativos a la incautación de diarios con violación del derecho a la intimidad de sus propietarios. En el primer caso, el diario permitía comprobar que el sindicato había cometido el delito de perjurio. La Corte excluyó dicha prueba. En el segundo caso, el diario conducía a demostrar la responsabilidad de un sindicato por tentativa de homicidio. La Corte admitió dicha prueba que, entonces, fue determinante para que se profiriera sentencia condenatoria”. Sentencia SU- 159 de 2002.

[34] J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*.

[35] *Caso Sevtap Veznedaroglu vs Turquía*.

El artículo 10 de la convención Interamericana sobre Derechos humanos^[36] señala:

“Artículo 10.- Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración”.

Y aunque la Corte Interamericana no ha abordado en concreto la problemática de la exclusión probatoria, sí resultan ilustrativos los casos *Genie Lacayo vs Nicaragua*^[37], *Caballero Delgado y Santana vs Colombia*^[38], y *Caso Suárez Rosero vs Ecuador*^[39], en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por violación directa de las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana, tales como la presunción de inocencia o la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura.

Es igualmente importante resaltar el caso *Loayza Tamayo vs Perú*^[40], en el cual las pruebas obtenidas contra la señora Loayza Tamayo fueron recolectadas por un tribunal militar, en sentir de la Corte, ilegalmente constituido.

En la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes^[41] se indica:

“Artículo 15.- “Todo Estado parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

^[36] Ley 16 de 1972.

^[37] Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C N° 30, párrs. 74-76.

^[38] Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C N° 22, párr. 64.

^[39] Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párrs. 76-78.

^[40] Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C N° 33, párrs. 62-63.

^[41] Ley 76 de 1986.

Con fundamento en dicha norma, la Corte Interamericana, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, asume una actitud firme frente a la violación del derecho fundamental a la dignidad de la persona humana y afirma:

“La regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos (‘regla de exclusión’) ostenta un carácter absoluto e inderogable, el aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo, por lo que el Estado está obligado a excluir la evidencia respectiva del proceso judicial.

Por lo que la Corte hizo referencia al comunicado (CAT/C/30/D/219/2002) de Naciones Unidas. Comité contra la Tortura. *GK c. Suiza*, 7 de mayo de 2003, donde se señala que el amplio alcance de la prohibición que figura en el artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en el que se prohíbe que pueda ser invocada como prueba ‘en ningún procedimiento’ *toda declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura, obedece al carácter absoluto de la prohibición de tortura y, en consecuencia, supone la obligación de que cada Estado Parte se cerciore de si las declaraciones admitidas como prueba en cualquier procedimiento sobre el que tenga jurisdicción*, incluidos los procedimientos de extradición, se han obtenido o no como resultado de tortura.

Los tribunales nacionales, al dar valor a las pruebas obtenidas mediante actos de tortura o tratos crueles e inhumanos cometieron una violación a las garantías judiciales, además la práctica de tortura se ve aumentada por la fuerza jurídica otorgada a la primera declaración del inculcado, la cual es realizada ante el Ministerio Público y no ante un juez.”^[42]

^[42] En ese sentido, la Corte invoca las siguientes sentencias: *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº 149, párr. 147. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C Nº 187, párr. 88.

Así, pues, frente al concepto de dignidad y de su tratamiento, la Corte Interamericana excluye cualquier posibilidad de acudir a teorías que ponderen derechos en conflicto.

Por su parte, con un criterio más amplio, que aún se encuentra en espera de ser debidamente decantado por la jurisprudencia del máximo Tribunal Internacional, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se establecen una regla de exclusión de pruebas y una serie de criterios para evaluar si la prueba obtenida en tales condiciones debe o no ser excluida. Al respecto, se señala:

Artículo 69.- Práctica de las pruebas. (...) 7. No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando

- a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o
- b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.

En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se cuenta con un sistema reglado que permita la exclusión probatoria, pues, extrañamente, no existe norma alguna que trate lo relacionado con la admisibilidad de evidencia o de elementos materiales probatorios; no obstante, hay una pluralidad de pronunciamientos que, por vía jurisprudencial^[43], han llegado a concluir, entre otras cosas, las siguientes: (i) si a pesar de la naturaleza de recolección indebida del medio probatorio, el examen conjunto de la actuación permite afirmar que no se viola la Convención

Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 246.

^[43] *Adolf vs. Austria* (de 26 de marzo de 1982); *De Cubre vs. Bélgica* (de 12 de julio de 1988); *Schenk vs. Suiza* (de 16 de diciembre de 1992); *Khan vs. Reino Unido* (de 12 de mayo de 2000; *P.G. y J.H. vs. Reino Unido* (de 25 de septiembre de 2001); *Alian vs Reino Unido* (de 5 de noviembre de 2002); y más recientemente *Jalloh vs. Alemania* (de 11 de julio de 2006). *Texeira de Castro v. Portugal*, de 9 de junio de 1998 y *Vayans vs. Rusia*, de 15 de diciembre de 2005. *Ludi vs Suiza*, de 15 de junio de 1992; *Sequeiro vs. Portugal*, de 6 de mayo de 2003, y *Eurofinacom vs Francia*, de 7 de septiembre de 2004.

Europea de Derechos del Hombre, sino que la problemática atañe al derecho interno, ello no es suficiente para que se aplique una regla de exclusión; se exige, coetáneamente, que no haya sido posible contradecir el resultado de la prueba ilícita^[44]; (ii) si la ilicitud vulnera el artículo 8 CEDDH^[45], niega el efecto excluyente de la ilicitud denunciada, pues en su sentir ello no torna inequitativo el proceso; (iii) se reconoce la prohibición de aceptar elementos probatorios obtenidos a través de tortura y, consecuentemente, se acepta el efecto excluyente a partir de las pruebas obtenidas mediante tratos de dicha naturaleza; y, (iv) se reconoce la prohibición de aceptar elementos probatorios obtenidos mediante tortura y, consecuentemente, se acepta el efecto excluyente a partir de las pruebas obtenidas haciendo uso de esa clase de tratos.

2. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN EN COLOMBIA

2.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Así como existen en el sistema procesal penal colombiano unos principios orientadores del proceso que determinan la legitimidad del ejercicio de la función judicial^[46] y jurisdiccional^[47], también existen unos principios específicos y concretos que orientan los actos de investigación y la producción de la prueba, uno de ellos íntimamente ligado al principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, vigente desde 1991, que reza: “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso”.

^[44] *Caso Magee vs Reino Unido*, (Application N° 28135/95), Estrasburgo, junio 6, 2000. En dicho caso, la Corte respetó el sistema discrecional de exclusión británico en cuanto sostuvo que a pesar de que la grabación de la conversación, si bien no se practicó contra la ley, sí había sido efectuada en ausencia de regulación legal y, por ello, de una manera no conforme a la ley; no obstante, agregó que el artículo 6 de la Convención garantiza un proceso equitativo, “pero no establece reglas relativas a la admisibilidad de las pruebas. Así, al sostener que dado que el demandante pudo controvertir la prueba en el ámbito interno, el proceso era equitativo.

^[45] *Khan vs. RU*, de 12 de mayo de 2000; *PJ. y J.H. vs RU*, de 25 de septiembre de 2001 y *Allan vs. RU*, de 5 de noviembre de 2002

^[46] Actividad del Fiscal.

^[47] Actuaciones de los Jueces de Control de Garantías y de conocimiento.

No obstante ese apotegma constitucional, que al parecer introduce el concepto de cláusula de exclusión, el desarrollo legal de la norma encontró serios tropiezos en su aplicación, debido no solo a posturas ambivalentes de los tribunales, sino igualmente a la existencia de un sistema de contenido inquisitorial.

En el año de 2002, el panorama pareció aclararse cuando en el denominado caso del “miti miti”^[48], la H. Corte Constitucional, al examinar la legalidad de la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia en dicho caso^[49], en una providencia que podría llamarse basilar o arquimédica, sentencia SU 159 de 2002, fijó unas pautas de aplicación concretas, entre ellas, las siguientes: (i) diferenció el concepto de prueba ilícita del concepto de prueba ilegal; (ii) dejó en claro que el artículo 29 de la Constitución Política acoge la teoría del árbol ponzoñoso que en el derecho norteamericano permite la flexibilidad de aplicación de la exclusión en los eventos de descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, fuente independiente, consentimiento legítimo de la víctima y la buena fe; (iii) dejó abierta la posibilidad de aplicar “la teoría de la manzana podrida”^[50] en virtud de la cual la prueba ilícita

[48] El escándalo del *miti-miti* fue un hecho de corrupción en Colombia. Se conoció en julio de 1997, en medio de otro escándalo llamado el *Proceso 8.000*. El *miti-miti* surgió a raíz de una conversación telefónica entre los ministros de Energía, Rodrigo Villamizar, y de Comunicaciones, Saulo Arboleda, en el que buscaban sacar partida de un trámite para la licitación de 81 emisoras en frecuencia modular (FM). La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de octubre de 2000, condenó a Saulo Arboleda por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, a la pena principal de 54 meses de prisión y multa equivalente a 15 salarios mínimos legales mensuales y a la pena accesorio de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al establecido para la pena de prisión. Igualmente, se abstuvo de condenarlo a indemnizar perjuicios, por considerar que los mismos no se causaron.

[49] Sobre la actuación de la Corte suprema y de la Fiscalía se indicó: “De conformidad con lo anterior, las actuaciones de la Fiscalía y de la Corte Suprema de Justicia se ajustaron a la regla constitucional sobre exclusión de pruebas aportadas al proceso penal con violación del debido proceso. Acataron y aplicaron correctamente las normas constitucionales y legales sobre la materia al excluir expresamente la grabación de las conversaciones sostenidas por los funcionarios públicos implicados, pues esta había sido obtenida por sujetos desconocidos, sin autorización judicial previa”.

[50] Según la cual, bastaría con que una de las pruebas que hacen parte del acervo probatorio esté viciada, para que dicha contaminación se extienda al resto de las pruebas, sin importar cuál sea su relación con la prueba cuestionada.

vicia toda la actuación, solo en aquellos casos en donde la prueba ilegítima es única, principal o fundamental^[51] y cuando también lo es por graves violaciones a los derechos humanos^[52]; (iv) condicionó la aplicación de la exclusión a la gravedad de la irregularidad o el vicio; y (v) rechazó la insinuación de que una prueba ilícita contamina *ipso facto* todo el acervo probatorio.^[53]

En ese sentido, la Corte Constitucional Colombiana señaló:

“Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones.

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En este evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial

[51] Teoría que se aclaró en la sentencia T-233 de 2007, cuando se señaló: “El proceso sí puede quedar viciado de nulidad si el defecto probatorio consiste en haberse valorado una prueba ilegal o inconstitucional que incide decisivamente en la decisión adoptada por el juez”.

[52] Para aquel entonces se citaron tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En posterior decisión se afirmó: “Como cuando la sentencia tiene como fundamento la tortura, la desaparición forzada o las desapariciones extrajudiciales, graves fenómenos de violaciones a los derechos humanos que transmiten al proceso un vicio insubsanable”. Sentencia C-591 de 2005.

[53] Al respecto se señaló: “La Constitución garantiza que la prueba obtenida con violación del debido proceso sea excluida del acervo. Pero no se puede confundir la doctrina de los frutos del árbol envenenado con la teoría de la manzana contaminada en el cesto de frutas. La primera exige excluir las pruebas derivadas de la prueba viciada, lo cual se deduce de la Constitución. La segunda llegaría hasta exigir que además de excluir las pruebas viciadas, se anulen las providencias que se fundaron en un acervo probatorio construido a partir de fuentes lícitas independientes de las pruebas ilícitas, el cual, en sí mismo, carece de vicios y es suficiente para sustentar las conclusiones de las autoridades judiciales, sin admitir ni valorar las manzanas contaminadas dentro de una canasta que contiene una cantidad suficiente de pruebas sanas.”

o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguraban la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos fundamentales constitucionales fundamentales, y por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.

En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal.

Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación al debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente.

Si bien la Carta señala que dicha prueba es 'nula de pleno derecho', de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que esta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando éste decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución^[54].

En conclusión, frente a la problemática de la prueba ilícita y la prueba derivada, la Corte Constitucional colombiana señaló: (i) la no exclusión de pruebas ilícitas configura una vía de hecho por defecto fáctico y la consecuente anulación de una sentencia solo cuando aquellas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena; (ii) la no exclusión de unas pruebas, en gracia

[54] Sentencia SU-159 de 2002.

de discusión, ilícitas derivadas, que forman parte del acervo probatorio conformado por muchas otras pruebas válidas pertinentes, no hace que la sentencia sea nula, pues el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente la prueba obtenida ilícitamente, no todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ella se encuentre; ni la resolución de acusación y la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes; (iii) "la exclusión del proceso penal de una grabación telefónica ilícita y violatoria del derecho a la intimidad constituye una aplicación correcta del artículo 29 inciso último de la Constitución, y la existencia y la divulgación periodística de dicha grabación no vician todo el procedimiento ni contaminan todo el acervo probatorio, así esta haya sido elemento integral de la noticia criminis, siempre que la resolución de acusación y la sentencia condenatoria se hayan fundado en pruebas separadas, independientes y autónomas de esta y suficientes para demostrar la ocurrencia de la conducta típica y la responsabilidad penal del procesado"; y (iv) "El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita. LA SANCIÓN. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial 'rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces'. En este

sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254 y 441 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad.”

Aquella decisión, duramente cuestionada en el ámbito doctrinal y político, tuvo un salvamento de voto suscrito por tres de los siete magistrados de la Corte Constitucional, quienes afirmaron que, en su sentir, (i) el contenido del artículo 29 de la Constitución Política colombiana acogía el criterio de la teoría del árbol ponzoñoso^[55], y, en consecuencia, “las pruebas obtenidas lícitamente dentro del proceso pero que tienen su origen o fundamento en una prueba practicada de manera irritual, ilícita o prohibida, necesariamente vician los medios de convicción lícitos que tengan capacidad de probar un determinado hecho, concluyendo que tampoco dichas pruebas legales pueden ser admitidas”; (ii) que acogían el carácter disuasivo de la cláusula de exclusión pues “valorar y apreciar la prueba ilícita obtenida mediante la violación de una norma de derecho procesal, material o constitucional es estimular y autorizar su consecución”; (iii) que un medio probatorio ilícito, propuesto y producido dentro del proceso, utilizado para producir otras pruebas con el cumplimiento de las ritualidades legales, “alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente se basan, apoyan o derivan de la ilícita “directa o indirectamente”, pues solo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso”; y (iv) la prueba ilícita, cuando ha servido de fundamento a la sentencia, comunica su nulidad a la sentencia que tiene como uno de sus fundamentos esa prueba. En síntesis podemos afirmar que la prueba ilícita, que es nula de pleno derecho, hace nula también de pleno derecho la sentencia que se fundamenta en ella, así sea parcialmente.

Véase que ni siquiera en aquel ámbito existía claridad en la jurisprudencia constitucional, y menos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que había utilizado, en sentir de los magistrados disidentes

^[55] Fruit of the poisonous tree doctrine.

de la Corte Constitucional, una prueba ilícita para “convalidar” sus efectos sobre otros medios probatorios aducidos “legalmente” al proceso.

2.2. EL SISTEMA ACUSATORIO

Tal como se indica en la sentencia C-591 de 2005, a diferencia de lo que sucedía en el Código de Procedimiento Penal anterior^[56], el nuevo Estatuto Procesal Penal colombiano^[57] resulta generoso en la reglamentación y regulación de la prueba ilícita. Así, entre otras normas, se tienen como fundamentales, las siguientes: artículo 23, cláusula de exclusión; artículo 177-5°, apelación contra decisión que decide sobre exclusión de prueba en el juicio oral; artículo 231, interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos; artículo 232, cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos; artículo 238, inimpugnabilidad de la decisión, y exclusión de evidencia probatoria; artículo 359, exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba; artículo 360, prueba ilegal; artículo 455, nulidad derivada de la prueba ilícita.

No obstante, esa reglamentación y regulación, que en principio pareciera suficiente, ha requerido de un nuevo examen jurisprudencial que, dicho sea de paso, modificó esencialmente la posición inicial asumida por la Corte Constitucional y que introdujo el concepto de cláusula de exclusión de contenido fundamentalmente disuasivo y protector de derechos. Así, en la sentencia C- 591 de 2005 se indicó lo siguiente: (i) la regla de exclusión es aplicable no solo para el desarrollo del juicio oral, sino igualmente para los eventos propios de la investigación penal; de esa manera, la Corte Constitucional se aparta de lo expuesto por la Corte Suprema norteamericana en el caso *Calandra vs US*^[58], de manera que en Colombia no solo existe exclusión de pruebas sino de evidencias o elementos materiales probatorios; (ii) introduce el concepto de exclusión material, esto es, física, en cuanto entiende que la nulidad de pleno derecho, cuando se vulneran garantías fun-

[56] Ley 600 de 2000.

[57] Ley 906 de 2004 por la cual se adopta un sistema de contenido acusatorio.

[58] En dicho caso se permitió que la prueba ilícita fuera presentada al gran jurado.

damentales consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política, conlleva su exclusión, entiéndase extracción, del proceso, así, creemos, se salvaguarda la posibilidad de caer en la tentación de “valorar” pruebas excluidas; (iii) en lo que atañe a diligencias de allanamiento o registro que carezcan de requisitos esenciales previstos para el efecto, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la diligencia queda contaminado, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellos que dependan directa y exclusivamente del elemento ilícito; (iv) en materia de registros y allanamientos, introduce el concepto de descubrimiento inevitable, relacionado con la obtención de otra evidencia que no tiene que ver con la actuación considerada ilícita al indicar: “si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad”; (v) determina que los criterios impuestos por el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, para efectos de aplicar la regla de exclusión^[59], se ajustan a la Constitución, por cuanto lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto; (vi) entiende que en cuanto la prueba ilícita sea producto de una flagrante violación de derechos humanos, es deber del juez declararla incluso oficiosamente; y (vii) clarifica que independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fuese practicada mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera su nulidad, por cuanto se han desconocido los fines del Estado; adicionalmente, dispone que el juez a quien corresponda decidir lo pertinente, queda impedido para continuar conociendo de la actuación.

[59] Fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado.

Posteriormente, en la sentencia C- 210 de 2007, la Corte Constitucional abordó nuevamente el tema de la exclusión probatoria, confirmando su exclusión física y material al señalar:

“...La prueba ilícita debe ser retirada de todo el proceso penal de tal forma que no quede vestigio alguno de su contenido, por lo que la cláusula de exclusión de las evidencias o materiales probatorios obtenidos en allanamientos y registros nulos no sólo consiste en la expulsión material de esos elementos sino también en el retiro definitivo de aquellos en la mente del juez. Dicho de otro modo, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia. En ningún caso, ni cuando se trata de impugnación de decisiones judiciales, ni de impugnación de testimonios, ni de defensa de los derechos de las víctimas, pueden ser consideradas válidas pruebas, materiales probatorios o evidencias físicas que son nulas por violación del debido proceso, pues la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita directa y derivada es contundente y sólo admitiría excepciones suficientemente justificadas en el texto superior.”^[60]

La rigidez del sistema colombiano en esta materia quedó clara una vez la Corte Suprema abordó el conocimiento del denominado “caso de los computadores de Reyes”^[61]. Ciertamente, mediante auto de fecha 18 de mayo de 2011, radicado 29877, dispuso inhibirse de continuar conociendo de la actuación que debía adelantarse, al parecer, contra algunos miembros del congreso de Colombia cuyos nombres aparecían en correos hallados en dichos computadores, porque en su sentir, en la recolección de la evidencia obtenida en desarrollo de la operación

^[60] C-210 de 2007.

^[61] Uno de los miembros de la cúpula de las FARC muerto en territorio ecuatoriano en una operación de bombardeo a todas luces violatoria de la soberanía del territorio de Ecuador..

Fénix, se cometieron una serie de irregularidades trascendentales que afectaban el debido proceso y tornaban en ilegal aquellas evidencias.

La Corte, en una decisión que consideramos hito en materia de relaciones internacionales, reitera el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, en el sentido de que los miembros de las Fuerzas Militares no tiene funciones de policía judicial y, por ende, no pueden actuar como si lo fueran en la recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física; de otro lado, sostiene que el respeto del principio de legalidad cobra mayor importancia cuando se trata de recolectar evidencia o elementos materiales probatorios que se encuentren en país extranjero, porque ello impone, en el marco de la política exterior, contar con la aprobación de las autoridades extranjeras para que estas dispongan qué funcionarios deben suplirlos en la recolección de la evidencia.

Adicionalmente, la Corte Suprema considera que si bien una política de *Extraterritorial Law Enforcement* puede legitimarse en el marco de la lucha de los estados contra el terrorismo, esa política, amén de ser altamente usada con fines ideológicos, propia de potencias militares, no puede pasar por alto las exigencias instituidas para la legítima defensa.

La Corte Suprema resulta enfática al señalar que con la operación Fénix las autoridades colombianas pusieron en peligro la paz continental, deteriorando las relaciones internacionales de la república de Colombia y violaron grotescamente las cartas constitutivas de las Naciones Unidas y de la OEA, que prohíbe intervenir militarmente en territorio de otro Estados.

Por último, afirmó que aunque es de interés primordial del Estado la persecución de los delitos, pues “en un Estado social de derecho la investigación y sanción de los delitos es un mecanismo idóneo para proteger derechos fundamentales tan importantes como la vida, la libertad y la dignidad”^[62], no lo es menos que la investigación no puede realizarse a cualquier precio, máxime que ese fin no puede justificar el uso de medios que suponen la negación del Estado de derecho.

[62] SU 159 de 2002.

Entendió en consecuencia la Corte Suprema, siguiendo los parámetros trazados por la Corte Constitucional, que aunque “una pretensión pública subjetiva que integra el derecho al debido proceso es la de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en contra, por lo que las limitaciones legales relativas a la conducencia o admisibilidad de un medio específico de prueba, solo resultan admisibles si persiguen un fin constitucional y las restricciones que entrañan son razonables y proporcionadas en relación con el mismo y las consecuencias que de éste se derivan”^[63], precisamente esas restricciones adquieren mayor relevancia cuando se trata de la defensa del principio de legalidad^[64] y el debido proceso^[65].

3. CONCLUSIONES

- (i) En materia de regla de exclusión, el sistema colombiano, desde la perspectiva de las altas cortes, asume hoy una posición rígida, que solo avala como excepción a la exclusión de prueba ilícita los criterios asignados en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal.
- (ii) El sistema colombiano diferencia entre los conceptos de prueba ilícita y prueba ilegal, entendiendo la primera como aquella que se obtiene, produce o se pretende aducir con la violación de garantías fundamentales^[66]; la segunda es aquella obtenida mediante la violación de reglas procesales, y en esta eventualidad corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso.
- (iii) El fundamento esencial de la existencia de la cláusula de exclusión en Colombia no es otro que la vigencia de un orden justo y legítimo, que si bien privilegia el descubrimiento de la verdad en el proceso penal, no legitima ese descubrimiento a costa de los derechos fundamentales de la persona y de su dignidad; por

^[63] T-395 de 2003. Corte Constitucional.

^[64] Artículos 6 de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

^[65] Artículo 29 de la Constitución Política.

^[66] Entre ellos, la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima.

ello se afirma que la injusticia de la conducta cometida por el indiciado, imputado o acusado jamás podrá justificar la injusticia cometida por el propio Estado.

- (iv) En un Estado como el colombiano, donde los intereses políticos se llevan a los procesos penales, no puede entenderse la concepción rígida de la cláusula de exclusión como una especie de hipergarantismo que privilegia los intereses personales sobre los intereses colectivos; es necesario mantenerla así en orden a que impida, no solo a los policiales, fiscales y jueces, sino también a los gobernantes de turno o a quien los represente, utilizar el proceso penal como mecanismo de represión o de favor.
- (v) Es obvio que tarde o temprano la rigidez del sistema deberá morigerarse frente a eventos en donde se encuentren verdaderamente en juego intereses colectivos; no obstante, mientras ello sucede, las excepciones mínimas no pueden ser otras que las establecidas en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, acudir a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, "a la hora de admitir sacrificios parciales de unos a favor de otros, con miras al menor perjuicio en el resultado final"^[67], seguramente llevará algún tiempo, pues ello implicará un mayor conocimiento de los jueces de un sistema en ciernes.
- (vi) Precisamente, la jurisprudencia colombiana sobre la exclusión de la prueba ilícita es relativamente nueva, podría decirse que apenas está en formación. Esto explica la existencia de fallos contradictorios y, a veces, poco convincentes desde una lógica rigurosamente jurídica.
- (vii) No podemos negar que resultaría deseable, frente a conductas punibles de suma gravedad, que la naturaleza rígida de la cláusula de exclusión se morigere a futuro, sobre todo cuando se establezca que la excepción es necesaria para mantener vigente no una ideología o un modelo político, sino los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

^[67] ARMENTA DEU, Teresa. *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*.

**ALCANCES DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN
NECESARIA EN EL CÓDIGO PROCESAL
PENAL DEL 2004**

James Reátegui Sánchez ^()*

^(*) Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Juez Especializado en lo Penal (S) de la Corte Superior de Justicia de Junín. Profesor universitario.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: LA VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

En 1979, después de 12 años de dictadura, se promulgó una nueva “*Constitución Política*”, que sienta las bases de un auténtico Estado Derecho y, sobre todo, sienta las bases para una profunda reforma de la administración de justicia penal. En estricto, la Reforma Procesal Penal se inicia con la creación del “Ministerio Público”^[1] como órgano constitucional autónomo sentándose así la piedra angular para establecer un nuevo sistema procesal de carácter acusatorio. Los últimos años de la década de 1980 se da surgimiento del movimiento de reforma procesal penal que tenía como principales postulados: la instauración de un modelo acusatorio, la separación de funciones entre los órganos de investigación y de juzgamiento, el reconocimiento de mayores derechos a la víctima y la implementación de mecanismos de aceleramiento y simplificación procesal^[2].

En los albores de 1990 la preocupación del debate era qué tipo de modelo procesal debía de subsumirse en el nuevo Código, si sería de corte “acusatorio”, “predominantemente acusatorio” o “acusatorio garantista”. Los intentos de reforma comenzaron con el Código Procesal Penal de 1991 (cuya aplicación fue parcial), siguió con el Proyecto de Reforma de 1997 y, finalmente, con la dación del Nuevo Código

^[1] Ley Orgánica del Ministerio Público: Mediante el Decreto Legislativo N° 052-81, publicado en: Diario Oficial el Peruano, el 18 de marzo de 1981.

^[2] ORE GUARDIA, Arsenio. “Panorama del proceso penal”. EN: Suplemento de análisis legal del Diario Oficial “El Peruano”, año 1, N° 4, Lunes, 14 de junio de 2004. p. 4.

Procesal Penal de 2004^[3]. En todo ese proceso se seguía discutiendo y fundamentando que el nuevo texto legal era de tendencia “adversarial”, “acusatorio con rasgos adversariales”, “contradictorio”, etc. No le falta razón a Alberto Binder cuando tratando de dilucidar el rol del Ministerio Público, nos planteó la necesidad de reorientar el debate de manera tal que ocupemos nuestros esfuerzos en una discusión de problemas más que en una discusión de modelos^[4]. Lo que trataba el legislador y los dogmáticos de la ciencia procesal penal de la época era realizar un debate acrítico, meramente académico, sin tener un objetivo en la aplicación concreta de la justicia procesal penal. Lo importante es identificar los principios que sirven de líneas directrices o las bases estructurales del nuevo Código, que en la periferia podamos diferenciar cuál es el rol del Fiscal, del Juez, de la policía, del abogado, del imputado, de la víctima, del agraviado, del tercero civil, del ciudadano, de la persona jurídica, en suma, cuál debería ser el rol protagónico de los sujetos procesales, bajo la óptica de un modelo acusatorio con rasgos adversariales, en un Estado democrático y de Derecho. En rigor, hoy en día se reconoce jurisprudencialmente al “principio acusatorio” como una garantía esencial del proceso penal que integra el contenido del debido proceso^[5].

La vigencia progresiva del nuevo Código Procesal Penal de 2004 en nuestro país se caracteriza por ser garantista –complementada con la adversariedad de las partes– porque establece un tipo de proceso que integra de modo redoblado de garantías penales y procesales o para los justiciables. Este nuevo Código impone una lógica en su estructura regido

[3] Promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2004. Este código tuvo su origen en el Decreto Supremo N° 005-2003-JUS, publicado el 14 de marzo del 2003, se creó la Comisión de Alto Nivel que elaboró el nuevo Código Procesal Penal (NCPP), sobre la base del Código Procesal Penal de 1991 (cuya aplicación fue parcial) y los Proyectos del Código Procesal Penal de 1995 y 1997.

[4] BINDER, Alberto. *El Ministerio Público: para una nueva justicia criminal*, Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1994, p. 65.

[5] Fundamento Cuarto de la QUEJA N° 1678-2007-Lima, del 13.04.2007, “Principio Acusatorio como garantía esencial del proceso penal”.

bajo los principios de oralidad^[6], de inmediación^[7], de contradicción^[8] y de publicidad^[9]. En todo caso, la lógica del nuevo modelo procesal es

[6] La oralidad es una característica inherente al juicio oral se impone que los actos jurídicos procesales constitutivos del inicio, desarrollo y finalización del juicio se realicen utilizando como medio de comunicación la palabra proferida oralmente, esto es, el medio de comunicación durante el juzgamiento viene a ser por excelencia la expresión oral. El debate contradictorio durante las sesiones de la audiencia es protagonizado mediante la palabra hablada. Está plenamente garantizado por el NCPP en el sentido que quienes intervienen en la audiencia deben expresar a viva voz sus pensamientos. Todo lo que se pida, pregunte, argumente, ordene, permita, resulte, será concretado oralmente, pero lo más importante de las intervenciones será documentado en el acta de audiencia aplicándose un criterio selectivo.

[7] La inmediación es el acercamiento que tiene el juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir sentencia. Rige en dos planos: i) En la relación entre quienes participan en el proceso y el tribunal, lo que exige la presencia física de estas personas. La vinculación entre los acusados y la Sala Penal que juzga es una inmediatez que se hace efectiva a través de la oralidad. El principio de inmediación impide junto, al principio contradictorio, que una persona pueda ser juzgada en ausencia. ii) En la recepción de la prueba, para que el juzgador se forme una clara idea de los hechos y para que sea posible la defensa, se requiere que la prueba sea practicada en el juicio. La inmediación da lugar a una relación interpersonal directa, frente a frente, cara a cara, de todos entre sí: acusado y juzgados, acusado y acusador, acusado y defensores, entre éstos con el juzgador y acusador, el agraviado y el tercero civil.

[8] Está plenamente reconocido en el Título Preliminar y en el artículo 356° del NCPP. Consiste en el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto. Se concreta poniendo en conocimiento de los demás sujetos procesales el pedido o medio de prueba presentado por alguno de ellos; así el acusado podrá contraponer argumentos técnicos jurídicos a los que exponga el acusador. El contradictorio sustenta la razón y conveniencia del interrogatorio cruzado en la audiencia y el deber de conceder a cada sujeto procesal la potestad de indicar el folio a oralizar. Este principio rige el desarrollo de todo el proceso penal, pero el momento culminante del contradictorio acontece en la contraposición de los argumentos formulados en la requisitoria oral del Fiscal (acusación) y los argumentos de la defensa del acusado y ello nos permite conocer la calidad profesional del acusador y de los defensores.

[9] El principio de publicidad está garantizado por el inciso 4 del artículo 139 de la Constitución Política, por los tratados internacionales, el inciso 2 del artículo I del Título Preliminar y el artículo 357° del NCPP: "Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio...". Consiste en garantizar al público la libertad de presenciar el desarrollo del debate y, en consecuencia, de controlar la marcha de él y la justicia de la decisión misma. La publicidad es considerada como una garantía del ciudadano sometido a juicio y a la vez como un derecho político de cualquier ciudadano a controlar la actividad judicial.

que las garantías del imputado tienen que ser respetados por los operadores de justicia para que la imputación (fáctica y jurídica) dirigida contra el investigado/imputado/acusado tenga validez y legitimidad en el sistema, quien por estar sujeto a imputación y procesamiento no deja de ser persona ni pierde su dignidad de tal, por ello debe someterse a un debido proceso con todas las garantías o principios procesales de orden constitucional –y los tratados internacionales sobre derechos humanos– que se erigen como límites precisos a la persecución penal, diferenciándose así de las posiciones inquisitivas para las cuales el imputado es solo un “objeto” del proceso. Ahora el imputado será “sujeto” del proceso.

Nuestro sistema procesal penal está en tránsito –así como Hassemer sostenía el paso del viejo al nuevo derecho penal^[10]– del viejo o ritual Código de Procedimientos Penales de 1940 al Nuevo Código Procesal Penal de 2004. En el proceso penal vigente podemos diferenciar diversos tipos de procedimientos penales en los que podemos ubicar el procedimiento ordinario, sumario y especiales (querrela, injuria, difamación, etc.), ambos con raigambre del Sistema Mixto-Inquisitivo (escrita, reservada, con restricción la defensa, dirigida por el juez penal en el ámbito de una provincia), pero esto no siempre fue así porque el Código de Procedimientos Penales de 1940 estableció que el “proceso ordinario” se dividiera en dos etapas: instrucción y juzgamiento, ambos a cargo de dos jueces diferentes, es decir, el juez que investigaba no podía fallar, sin embargo en el caso del “procedimiento ordinario” el juicio oral deviene en una etapa meramente simbólica o virtualmente formal del proceso penal^[11]. De otro lado, el “procedimiento sumario” no estuvo regulado primigeniamente por el legislador de 1940 porque su principal redactor –Zavala Loaiza– en la exposición de motivos, señaló que una de las razones fundamentales señaladas en el Código de 1940 era quitarle la facultad de fallo a los jueces instructores, estableciéndose que el juicio oral era consustancial al proceso^[12]. Esto

[10] Vid. HASSEMER, W. “Viejo y nuevo derecho penal”. EN: Responsabilidad por el producto en derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 15-47.

[11] NEYRA FLORES, José Antonio. “El proceso penal actual”. EN: Código Procesal Penal. Manuales operativos. Academia de la Magistratura, Lima, 2007, p. 20.

[12] Vid. ZAVALA LOAIZA, C., *El proceso penal y sus problemas* [1947]. En este sentido, GUZMÁN FERRER, F., *Código de Procedimientos Penales*, 7ª ed., Lima, 1998, pp. 09-10.

recién se estableció en 1968 mediante Decreto Ley N° 17110^[13], con la finalidad de descongestionar la sobrecarga procesal en los delitos de poca lesividad. Esta ley, que era un régimen de excepción paulatinamente iría restringiendo el juicio oral. Posteriormente, en 1981^[14], se acentúa la implementación del procedimiento sumario. Es en 1996^[15] donde llega a su máximo esplendor la sumarización del proceso penal, cuando enumera taxativamente los procesos sujetos a la tramitación ordinaria, convirtiéndose la excepción (procedimiento sumario) en regla. En el 2001^[16] el 90% de los delitos se tramitaban mediante procedimiento sumario y solo el 10% mediante el trámite ordinario^[17].

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 se subsume dentro del sistema de corte “acusatorio o predominante acusatorio”^[18] con las características propias de un proceso contemporáneo, donde cada uno de los sujetos procesales cumple su rol funcional, así como de los órganos encargados de la investigación y juzgamiento, y de los defensores del imputado-acusado. El fiscal dirige y controla la investigación de la persecución de los delitos de acción pública y el juez juzga, mientras que los procesados asumen su derecho de defensa técnica o material. A decir de Neyra Flores: “Así tendremos un Juicio Oral que se desenvolverá como triángulo equidistante en: la cabeza –como tercero imparcial– tendremos al Juzgador y debajo de este al Fiscal, sosteniendo su tesis de culpabilidad del acusado y frente al acusado con su abogado defensor, que replicará el ataque del Ministerio Público”^[19].

Se caracteriza además por la hegemonía de los principios de oralidad y de contradictorio, así como también está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional en nuestra carta magna de 1993 –desarrolladas con más detalle en el nuevo Código Procesal Penal

[13] Decreto ley N° 17110, publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 12 noviembre de 1968.

[14] Decreto Ley N° 124, publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 12 de junio de 1981, que sustituyó al Decreto Ley N° 17110 de 1968.

[15] Decreto Ley N° 26689, publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 30 de noviembre de 1996.

[16] Ley N° 27507, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 13 de julio de 2001.

[17] NEYRA FLORES, “El proceso penal actual”, cit., p. 20.

[18] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Idemsa, Lima, 2009, p. 27.

[19] NEYRA FLORES, “El proceso penal actual”, cit., p. 21.

de 2004-. El nuevo Código, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, desarrolla con mayor profundidad las garantías y principios^[20] que rigen el contradictorio^[21] y sobre el "núcleo duro" de garantías procesales constituye su novísima incorporación al derecho positivo, la legitimidad de la prueba, el ámbito de aplicación de la ley penal procesal ante un conflicto en el tiempo de normas adjetivas restrictivas de derechos y la garantía de *ne bis in idem* y la preeminencia de la sanción penal frente a la sanción administrativa^[22]. Bajo esta óptica, el nuevo proceso penal se estructura en cinco etapas desde una perspectiva funcional^[23]: investigación preliminar, investigación preparatoria, la etapa intermedia, el juzgamiento y la etapa de ejecución.

El nuevo Código Procesal Penal entró en vigencia por primera vez en el Distrito Judicial de Huaura^[24], después de un año y seis meses de su promulgación aproximadamente, sin embargo, rigió a nivel nacional algunos tipos legales del Código^[25]. Actualmente como rezago del sis-

[20] Vid el catálogo de garantías y principios en el NCPP de 2004: (art. I TP), el derecho a la presunción de inocencia (art. II TP), la vigencia del principio de *ne bis in idem* y la accesoriedad administrativa (art. III TP), la legalidad de las medidas limitativas de derechos (art. VI TP), el ámbito temporal de aplicación de la ley penal procesal y su interpretación más favorable (art. VII TP), la legitimidad de la prueba (art. VIII TP), el derecho de defensa (art. IX TP), etc.

[21] CARO CORIA, D.C., "El Proyecto del Código Procesal Penal de mayo de 2004. Las garantías constitucionales". EN: Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano. Año 1, N° 4, Lunes, 14 de junio de 2004, p. 8.

[22] Loc. cit.

[23] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, cit., p. 29.

[24] El NCPP, modificado por las Leyes Nos. 28460, 28671 y 28697, contempla un período de *vacatio legis* y aplicación progresiva. En Huaura se aplicó dicho texto legal el 1 de enero de 2006.

[25] Artículos 39°, 40° y 41°, vigentes para todo el país desde el 04/04/2005, en acatamiento a la Ley N° 28481, sobre transferencia de competencia, así como aquellos vigentes para todo el país desde el 01/02/2006: los artículos 468-471° (sobre "El proceso de terminación Anticipada") y el Libro Séptimo ("La Cooperación Judicial Internacional"), y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código (tales como el artículo 11° del Ley N° 23506-Ley de Habeas Corpus y Amparo, artículos 4°, 6° y 8° del Decreto Supremo N° 006-97-JUS, TUO de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, y Art. 19° del Decreto Legislativo N° 701-Eliminan Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de Libre Competencia), además de los numerales que entrarán en vigencia en todo el país, a partir del 01/07/2006: artículos 7° y 8° del Decreto Legislativo N° 813. Ley Penal Tributaria, y el artículo 19° de la Ley N° 28008-Ley de Delitos Aduaneros.

tema inquisitivo o mixto, los procesos penales se tramitan al amparo de tres códigos: el ritual Código de Procedimientos Penales de 1940, el Código Procesal Penal de 1991 y el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (NCPP), la aplicación del nuevo Código está vigente^[26] en más del 50% de distritos judiciales y se pronostica que entrará en vigencia en el territorio peruano de manera progresiva entre 2010 a 2012^[27].

2. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA EN LAS ETAPAS INICIALES DEL NUEVO PROCESO PENAL: ¿EN DILIGENCIAS PRELIMINARES O EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA CONTINUADA Y FORMALIZADA?

2.1. APUNTES PREVIOS

La vigencia progresiva del nuevo Código Procesal Penal (2004) en algunos Distritos Judiciales de nuestro país ha traído como consecuencia diferentes criterios de interpretación y de aplicación en cuanto a sus instituciones –sobre todo nuevas– se refiere, lo cual genera inseguridad jurídica en los operadores jurídicos. Esto se agudiza aún más ya que en todo el país está vigente dicho Código Procesal Penal para los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos. En aquellos Distritos Judiciales donde ya se aplica el nuevo proceso penal para delitos cometidos por funcionarios, a mi juicio, tres son los principales problemas que he detectado y que merece una especial atención: el primero está referido al plazo razonable en la Investigación Preparatoria, sobre todo cuando se realiza la adecuación del viejo sistema (investigación preliminar) al nuevo sistema (diligencias preliminares); el segundo problema es el referido al tema de la retroactividad benigna

^[26] Conforme al calendario de vigencia del CPP: Huaura (01/07/2006), La Libertad (01/04/2007), Moquegua y Tacna (01/04/2008), Arequipa (01/10/2008), Tumbes, Piura y Lambayeque (01/04/2009), Puno, Cusco y Madre de Dios (01/10/2009), Ica y Cañete (01/12/2009), Cajamarca, Amazonas y San Martín (01/04/2010), Ancash y Santa (01/10/2010), Ayacucho, Huancavelica y Apurímac (01/04/2011), Huánuco, Pasco y Junín (01/10/2011), Ucayali y Loreto (01/04/2012).

^[27] El NCPP entrará en próxima vigencia, según el calendario actual (D.S. 019-2012-JUS), en el año 2014 por fases, en los siguientes Distritos Judiciales: Primera Fase Apurímac y Huancavelica; Segunda Fase: Ayacucho y Junín; y Tercera Fase: Callao, Lima Norte, Lima Sur y Lima.

de la ley penal material, pero no en cuanto a la pena conminada sino en cuanto a la calificación jurídica cuando le es más beneficiosa al procesado/acusado, esto a raíz de la última modificatoria producida por la Ley N° 29703, de 10 de junio del 2011 (sobre todo para el delito de colusión desleal que ahora está estructurado expresamente como delito de resultado lesivo); y, por último, el tema precisamente del principio de la imputación necesaria en el nuevo proceso penal.

En tal sentido, el mayor problema que enfrenta el principio de imputación necesaria o concreta no está en la fundamentación de su contenido (que en sí es la vulneración de tres sub principios constitucionales como es la motivación de resoluciones judiciales o disposiciones fiscales, la legalidad de la conducta y el derecho de defensa del imputado/investigado en el proceso penal). Tampoco el problema está en quién es el órgano encargado de la custodia del principio de imputación necesaria tanto en el “viejo” modelo como en el “nuevo” modelo procesal, que es el Ministerio Público, ya que él es quien realiza la “imputación” dentro del proceso penal regido bajo el principio acusatorio como lo ha ratificado el Tribunal Constitucional. El problema está más bien en el *momento* en la cual comienza a ser vulnerado el citado principio de imputación necesaria dentro de las fases del (sobre todo del nuevo) proceso penal. Y esto tiene que ver con el tema *desde dónde* comienza la imputación penal en contra de la persona involucrada en el hecho delictivo, para precisamente comenzar a custodiar el citado principio de imputación necesaria.

3. EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA Y SU VIGENCIA EN EL MODELO ACUSATORIO-ADVERSARIAL

La eficacia del principio de imputación necesaria dependerá, a mi juicio, si lo aplicamos dentro del modelo procesal mixto (expresado como sabemos en el Código de Procedimientos Penales de 1940) que todavía rige en algunos Distritos Judiciales del Perú; o en si estamos hablando del modelo procesal acusatorio garantista con rasgos adversariales que también se está aplicando ya en algunos Distritos Judiciales de nuestro país (expresado en el nuevo Código Procesal Penal del 2004). Ahora bien, en el marco del modelo procesal mixto o inquisitivo

reformado, está claro que la imputación penal lo realiza el Ministerio Público (por ser el titular de la acción penal y por ser el titular de la carga de prueba en contra del imputado según la Constitución Política y su Ley Orgánica del Ministerio Público), y generalmente lo realiza a través de la formalización de denuncia (o ampliación de la formalización de denuncia una vez que ya se haya emitido el auto apertorio de instrucción) ante el Poder Judicial, para que este luego emita si amerita el caso, el correspondiente auto apertorio de instrucción.

3.1. EL FISCAL COMO DIRECTOR DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

El nuevo Código Procesal Penal del 2004 tiene como filosofía otorgar igualdad de garantías y derechos al imputado –tan igual como los derechos y facultades inherentes el Ministerio Público–. Esto está normado en el artículo 1.3 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal que señala lo siguiente: “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”. La igualdad procesal tiene su razón de ser en las llamadas mini audiencias o audiencias previas que se pueden realizar antes y después de la etapa de Juzgamiento. En este contexto, el llamado principio de imputación necesaria o concreta no tendría ningún problema en cuanto a su eficacia ya que gozaría de “buena salud” al interior del nuevo proceso penal, sin embargo, la cuestión no es tan clara si tenemos en cuenta que la aplicabilidad del principio de imputación necesaria lo encontramos en las primeras etapas del proceso penal, y no al final del mismo –por ejemplo al emitir la sentencia– y es precisamente en las etapas iniciales del proceso donde encontramos serios problemas de aplicación. Y estos inconvenientes lo podemos resumir en dos cuestiones.

- En primer lugar, el tema del principio de imputación necesaria está ligado al tema del plazo (razonable) en las diligencias preliminares, sobre todo cuando el nuevo Código Procesal Penal señala que el Fiscal podrá señalar otro plazo distinto de acuerdo a la complejidad, característica y circunstancias

del caso (artículo 334º.2), y este podría ser un plazo distinto –a los 20 días sin preso preventivo– de acuerdo a la Casación N° 02-2008-Libertad, que ha traído como consecuencia, como reiteramos, no sólo el tema de saber cuál es el plazo (razonable) de las diligencias preliminares cuando de complejidad se trate, sino que también ha traído otro problema adicional: que las diligencias preliminares se trata de una etapa totalmente autónoma y previa a la Investigación Preparatoria formalizada, y con ello se crea otro problema a su vez para el principio de imputación necesaria.

- En segundo lugar, el principio de imputación necesaria está también ligado a que el Ministerio Público, como se sabe, es el director de la primera parte del nuevo proceso penal, es decir, de la llamada investigación preparatoria (artículo 60.2: “*El Fiscal conduce desde el inicio la investigación del delito...*”; el artículo 322º precisa lo siguiente: “*El Fiscal dirige la Investigación preparatoria...*”). Siguiendo esta misma línea de análisis, el artículo 330º del nuevo Código Procesal Penal –que está dentro del Título referido a las Diligencias Preliminares– prevé que: “*El Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria*”); es decir, el Fiscal de Investigación Preparatoria será el encargado de direccionar el desarrollo tanto de las Diligencias Preliminares como de la Investigación Preparatoria formalizada, aunque en esta última su actuación será controlada y supervisada por el Juez de Investigación Preparatoria.

En cambio, en el modelo procesal mixto, vigente todavía a partir del Código de Procedimientos Penales de 1940 en algunos Distritos Judiciales del Perú, no había tanto problema desde que el Fiscal Provincial en lo Penal es el encargado de la investigación preliminar del delito (según su Ley Orgánica del Ministerio Público) y su actuación terminaba cuando este, si fuera el caso, formulara denuncia penal ante el Poder Judicial. Luego, en la etapa judicial (en la llamada instrucción), el Fiscal Provincial ya no tiene el protagonismo procesal de conducción de la investigación ya que será el Juez Penal quien ahora

sea el director de dicha etapa procesal (según el artículo 49° del Código Procedimientos Penales que señala: “El Juez Instructor es el director de la instrucción. Le corresponde como tal la iniciativa en la organización y desarrollo de ella”). En otras palabras, la imputación penal de manera “formal” lo realiza el Fiscal Provincial o el Ministerio Público —tanto en los procesos sumarios como en los ordinarios— antes de la emisión del auto apertorio de instrucción del Juez Penal, es decir, al término de la investigación preliminar.

3.2. EL COMIENZO DE LA IMPUTACIÓN PENAL “FORMAL” EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL: LA DIFERENCIA ENTRE LA INVESTIGACIÓN FISCAL Y LA IMPUTACIÓN PENAL

Teniendo en cuenta que el Fiscal es el director de la investigación preparatoria en el nuevo proceso penal, ahora la pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿desde dónde comienza la imputación penal del Ministerio Público en el nuevo proceso penal? máxime si tenemos en cuenta que existe el artículo 87° del nuevo Código Procesal Penal, que señala que antes de la declaración del denunciado/imputado, el Fiscal debe detallar el objeto de imputación, entonces si la declaración se produce en la fase de diligencias preliminares, entonces es en dicha fase donde la imputación debe hacerse de manera concreta, para precisamente custodiar el derecho de defensa, ¿Esto es así?

A mi juicio, debemos distinguir dos temas puntuales. Una cosa dentro del proceso penal es la investigación^[28] y otra cosa es la *imputación*. Si bien son conceptos diferentes, están ligados en una secuencia lógica y complementaria. En primer término, el Fiscal investiga sobre los hechos que ha tomado conocimiento —mediante noticia criminal o de oficio —durante un plazo legal determinado, para luego, sobre la

^[28] Como es sabido, la investigación —siendo indiferente si se trata de diligencias preliminares o de investigación preparatoria formalizada— es una actividad procesal eminentemente creativa, mediante la cual se trata de superar un estado de incertidumbre de hechos y la vinculación de esos hechos en el denunciado/imputado, a través de la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que termine con ese estado de incertidumbre. Se trata de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba en el Juzgamiento. Pero ello no implica que dichos medios de prueba sean obtenidos mediante procedimientos no permitidos por la ley.

base de dicha investigación, realizar una debida imputación en forma concreta (precisamente sobre el hecho y una posible vinculación del investigado, nótese que hablo de "vinculación" y no de "responsabilidad", ya que el primer término está ligado a indicios por tratarse de instancias iniciales del proceso penal, y más bien el término "responsabilidad" está más ligado a certeza y a instancias finales del proceso penal). Así las cosas, en la primera parte del nuevo proceso penal se llama investigación preparatoria, y aquí precisamente empiezan los problemas para el principio de imputación necesaria, pues la investigación preparatoria tiene una sub etapa que se llama diligencias preliminares con un objetivo (realizar diligencias urgentes, inaplazables con aseguramiento en la escena del crimen^[29]) y plazos (20 días sin preso, y 24 horas con preso o aquel plazo distinto que fije el Fiscal de

[29] Los actos iniciales de investigación los realiza el Fiscal cuando tenga conocimiento o la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito (Art. 329, inciso 1° del NCPP). Una vez tomado conocimiento, debe iniciar los actos de investigación a fin de determinar si la noticia del delito resulta fundada o infundada. El Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la Investigación Preparatoria (Art. 330, inciso 1° del NCPP). En todo caso, la intervención de la Policía está supeditada a la decisión del Fiscal. En este sentido, tan pronto la Policía tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público por la vía más rápida y también por escrito, indicando los elementos esenciales del hecho y demás elementos inicialmente recogidos, así como la actividad cumplida, sin perjuicio de dar cuenta de toda la documentación que pudiera existir (Art. 331, inciso 1° del NCPP). En los actos iniciales de investigación también llamado etapa de las "Diligencias Preliminares", rige el principio de "Investigación Oficial", en virtud del cual el Fiscal es el dueño de las actuaciones que allí se realizan, como ente persecutor del delito, que debe realizar la comprobación del delito y la identificación de los presuntos sospechosos, por lo que la cesación de la misma se encuentra sujeta a una decisión enmarcada en la fusión fiscal, sea para archivar la investigación o para declarar la abstención del ejercicio de la acción penal, conforme a los criterios de oportunidad. Empero, cuando el persecutor público formaliza la investigación preparatoria, desencadena el inicio formal del proceso, por lo que el Juez de la Investigación Preparatoria asume jurisdicción, de tal forma que toda decisión que implique el fin de la instancia o del procedimiento, requiere de una decisión exclusivamente "jurisdiccional". Ello en el caso, de que el juzgador convalide los criterios de oportunidad, cuando dicta el auto de sobreseimiento, previa solicitud del Fiscal, cuando ampara un medio de defensa técnico.

acuerdo a la complejidad del caso) al parecer autónomos y distintos a la investigación preparatoria propiamente dicha.

En ese sentido, si tomamos como punto de referencia que las diligencias preliminares no forman parte de la investigación preparatoria formalizada, es decir, no es una sub etapa de la investigación preparatoria, y las diligencias preliminares terminan cuando se produce la imputación (formal), siempre y cuando el Fiscal continúe y formalice la investigación preparatoria de acuerdo al artículo 336° del Nuevo Código Procesal Penal. Como es sabido, la formalización de la Investigación Preparatoria, por parte del persecutor público (Fiscal), trae consigo consecuencias jurídicas de suma importancia: primero, faculta a los sujetos legitimados a solicitar la adopción de medidas correctivas, así como a la práctica de prueba anticipada; segundo, delimita el contenido de la imputación delictiva, en cuanto a los cargos que han de sostenerse sobre las figuras delictivas que son recogidas en la disposición respectiva; tercero, los plazos de prescripción son interrumpidos según lo previsto en el artículo 83° del Código Penal, no obstante, que en el artículo 339.1 el legislador ha empleado el término “suspensión”, el cual no resulta correcto conforme a la naturaleza de una y otra institución; y cuarto, toma lugar la relación adversarial entre el persecutor público y la defensa del imputado.

Así las cosas, la imputación (formal) comienza cuando el Fiscal emite la Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria. En consecuencia, es ahí donde comienza a custodiarse el principio de imputación necesaria, ya que deben cumplirse los requisitos que prevé el artículo 336°.1 del nuevo Código Procesal Penal del 2004. En efecto, el artículo 336°.1, parte pertinente, señala lo siguiente: “Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia del delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria. 2.- La Disposición de formalización contendrá: a) El nombre completo del imputado; b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación.

Indicando los motivos de esa calificación; c) El nombre del agraviado, si fuera posible; y, d) Las diligencias que de inmediato deban actuarse”.

En cambio, si decimos que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria^[30] (además así está en el artículo 337°.2 del nuevo Código Procesal Penal del 2004), entonces toda la fase de investigación preparatoria se trata de una fase –además como lo dice su propio nombre– de investigación. Entonces, recién la imputación (formal) se producirá en la llamada etapa intermedia, cuando el Fiscal decide acusar (de modo ya sea de principal, alternativa, o subsidiariamente la comisión de un delito) al investigado, entonces es aquí donde se producirá la vulneración del principio de imputación necesaria, es decir, la imputación necesaria recién se producirá con la emisión de la acusación fiscal y no en la continuación y formalización de la investigación preparatoria, que como reiteramos sería una etapa de investigación y no de imputación. Podemos seguir problematizando el tema objeto de comentario: comúnmente el autor o partícipe de un posible delito se le llama investigado e imputado de acuerdo a la fase donde se encuentre dicho autor/partícipe. Es decir, por ejemplo, si se encuentra en fase de diligencias preliminares se llamará “investigado” y, en cambio, si se encontrara en fase de investigación preparatoria se llamará “imputado”, porque ya existe una imputación formal en contra de dicho autor/partícipe de un posible.

Está claro que al menos en las diligencias preliminares, cuando esta se inicia a través de la disposición fiscal de actos de inicio de diligencias, solo hay sospecha de la posible comisión de un hecho punible (es más, así lo señala expresamente el artículo 329° que prescribe: “El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento

^[30] El Fiscal dirige la Investigación Preparatoria (Art. 322, inciso 1° del NCPP). A tal efecto, puede realizar por sí mismo o encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos. Es decir, de la misma forma que en el caso anterior, al formalizar la Investigación Preparatoria es facultad potestativa del Fiscal del caso requerir o no la intervención de la Policía. Empero, el artículo 321, inciso 2° del NCPP establece que durante la Investigación Preparatoria, la Policía Nacional del Perú y sus órganos especializados en criminalística, la Dirección de Policía Contra la Corrupción, el Instituto de Medicina Legal y los demás organismos técnicos del Estado están obligados a prestar apoyo al Fiscal.

de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito...”), y el artículo 330° señala los objetivos de las diligencias preliminares. En efecto dicho articulado señala que: “Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente”.

En ese sentido, el artículo 334°.1 del nuevo Código Procesal Penal del 2004 precisa que: “*Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley...*”. Es decir, el Fiscal, una vez que reciba o tome conocimiento de una denuncia (noticia criminal), puede calificar dicha denuncia en ese mismo acto, declarando procedente el inicio de apertura de las diligencias preliminares, o en su defecto declararlo improcedente de plano, si el hecho no constituye delito, o no es justiciable penalmente o existe una causa de extinción de la acción penal prevista en la Ley.

En otras palabras, al menos en el nuevo Código Procesal Penal, para realizar la imputación penal antes tiene que haber investigación sumaria (diligencias preliminares). Así las cosas, durante las diligencias preliminares no puede haber una vulneración al principio de imputación necesaria, en todo caso lo que habría es una vulneración al *principio de objetividad en la investigación* llevado a cabo por el Ministerio Público, porque quizá no haya admitido una declaración que una de las partes ha pedido o no haya admitido un pedido de incautación de documentos, entonces el Fiscal no está siendo objetivo en su actuación porque su investigación está siendo conducido por una determinada dirección. Es más, así lo exige el artículo IV. 2, del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal que señala: “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado...”. El artículo 61° del mismo cuerpo normativo también prescribe: “El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un

criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación”.

En cambio, si existiera una disposición o un requerimiento del Fiscal seguido de una motivación, entonces esta motivación sí tendría que estar debidamente concretada (en hechos, en calificación jurídica y en actos de investigación), siempre y cuando se tratara de imputar a alguien un delito. Por tanto, si no cumple con los estándares de una debida motivación (por estar mal calificado jurídicamente) se generaría una indefensión del denunciado, y ahí sí acerraría una vulneración al principio de imputación necesaria. Ahora bien, con esto no queremos afirmar que en la investigación preparatoria formalizada el Fiscal deba investigar arbitrariamente, sin límites en los actos de investigación; por el contrario, se le exige que respete, o que siga respetando el principio de objetividad en la investigación (ya formalizada), empero, con una observación: podríamos decir que debe existir una *objetividad pero relativizada*, ya que de por medio existe una imputación que ya ha formulado el Fiscal de Investigación Preparatoria, con lo cual continuará investigando con intervención del Juez de Investigación Preparatoria, pero el Fiscal ya tiene una teoría del caso formada en relación al imputado y a los hechos, una teoría del caso que “espera” concretar y afianzar hasta la etapa intermedia para decidir una posible acusación.

3.3. RAZONES NORMATIVAS PARA CONSIDERAR QUE EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA DEBE AMPARARSE DESDE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE CONTINUACIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El principio de imputación necesaria debe ser amparado –y de esto no hay ninguna duda– desde las etapas iniciales del proceso penal, siempre y cuando este se encuentre enmarcado dentro de un Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, la vigencia del citado principio dependerá, como hemos dicho, de las etapas que prevé el nuevo Código Procesal Penal del 2004, y a mi juicio, debe ser desde la disposición fiscal de continuación y formalización de la investigación preparatoria (artículo 336°), que es el punto inicial donde germina la imputación (formal) del Ministerio Público en contra del que hasta ese momento era considerado solo investigado, ya que ahora será

imputado, hasta la culminación de la investigación preparatoria, ya que ahí comenzará otro estatus que será *acusado*, siempre y cuando se den sus requisitos.

Dicho razonamiento o toma de posición sobre el momento (procesal) de la imputación necesaria tiene sentido por dos motivos puntuales:

3.3.1. *La declaración del imputado/investigado durante la Investigación Preparatoria*

En primer término, el artículo 87° del nuevo Código Procesal Penal establece que el Fiscal debe precisar detalladamente los términos de la imputación penal en contra del imputado. Textualmente, el artículo 87° señala lo siguiente: “Antes de comenzar la declaración del imputado, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de las pruebas existentes, y de las disposiciones penales que se consideran aplicables. De igual modo se procederá cuando se trata de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba. Rige el numeral 2) del artículo 71°”. Esta normativa tiene un objetivo claro: cautelar el derecho de defensa del imputado en cuanto primer acto procesal que realizará el imputado en el proceso penal.

En otras palabras, el Fiscal debe proporcionarle todos los elementos necesarios (por ejemplo, acceso a la carpeta fiscal o judicial, o proporcionarle las copias necesarias para el ejercicio de su derecho de defensa de acuerdo a los artículos 84°, inc. 7, 138° y 324° del nuevo Código Procesal Penal) para que el denunciado/investigado pueda rendir adecuadamente su declaración ante la Fiscalía, y si el Fiscal no lo realiza o lo hace deficientemente. Esto último quizá sea entendible en la medida que no tiene todos los elementos acreditativos, ya que estamos en una etapa procesal principalmente de sospecha tanto en la comisión delictiva y para vinculación del investigado con los hechos (no olvidemos que estamos en diligencias preliminares), entonces el abogado de la defensa sí puede oponerse a dicha declaración ya que su patrocinado no podrá realizar una declaración convincente, desde que la imputación todavía es deficiente y está en fase progresiva de afirmación, de investigación. En tal sentido, lo ideal sería que la declaración del investigado –como medio de defensa– se realice recién en la etapa de

continuación y formalización de la investigación preparatoria, ya que ahí sí el Fiscal de Investigación Preparatoria sí cuenta con los indicios reveladores de la posible existencia de un hecho punible (cumpliendo el artículo 336° del nuevo Código Procesal Penal), y asimismo cumpliría las exigencias del artículo 87° del nuevo Código Procesal Penal, que es detallar los hechos objeto de “imputación”, es decir, ya existe una pretensión punitiva por parte del Ministerio Público.

En efecto, el nuevo Código Procesal Penal señala en el artículo 87° que el Fiscal –de Investigación Preparatoria– debe detallar el objeto de “imputación” al momento de llamar al imputado a declarar, es decir, debe entenderse que el Fiscal debe, previamente, acopiarse de toda o casi toda la información necesaria en las Diligencias Preliminares –dependiendo del plazo que fije– para precisamente definir su teoría del caso, que como se sabe se trata de una construcción progresiva de los hechos, de los actos de investigación y su respectiva calificación que proponga. En ese sentido, la declaración que preste el investigado o imputado debe tener como antecedente “necesario” una imputación concreta, y esta la tiene que brindar el Fiscal. Un imputado o investigado no puede someterse a una declaración, o mejor dicho, a un interrogatorio del Fiscal si este antes no ha definido cuál es el objeto de imputación sobre todo en hechos y en menor medida sobre la calificación jurídica de esos hechos, ya que esta puede ir mutando con el transcurrir del proceso penal hasta la etapa intermedia, específicamente hasta la emisión de una acusación^[31] (así, la acusación puede

^[31] En efecto en el artículo 349°.1 del NCPP señala expresamente que:

1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:
 - a) Los datos que sirvan para identificar al imputado.
 - b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos.
 - c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio.
 - d) La participación que se atribuya al imputado.
 - e) La relación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que concurran.
 - f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicita.
 - g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o encautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponde percibirla.

ser principal, alternativa y subsidiaria, de acuerdo al artículo 349°.3 del nuevo Código Procesal Penal que señala lo siguiente: “En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente las circunstancias del hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de facilitar la defensa del imputado”), caso contrario el derecho de defensa se verá seriamente limitado.

Ahora bien, propongo el siguiente caso: si el Fiscal, casi al culminar sus diligencias preliminares, de acuerdo al plazo que haya fijado, ya tiene más o menos claro cómo son los hechos probables y la vinculación mínima del denunciado, entonces recién ahí podrá llamar a declarar al denunciado. Mejor dicho, si el Fiscal ha fijado por ejemplo como plazo legal de sus diligencias preliminares 20 días naturales, y recién en el día 18 lo llama a declarar al denunciado no habrá ningún problema de cara a los objetivos de la primera parte del proceso penal, ya que el Fiscal es el director de la investigación preparatoria, y puede trazar su estrategia de acuerdo a la complejidad del caso, para precisamente resguardar otros derechos constitucionales.

Sin embargo, aquí se generará otro problema en el sentido que durante el desarrollo de las diligencias preliminares se puede amparar el principio de imputación necesaria. A mi entender, esto dependerá si existiera una disposición fiscal –durante las diligencias preliminares– donde se exprese debida y adecuadamente una motivación del porqué

- 1) Los medios probatorios que ofrezca para su actuación en audiencia. En este caso presentará una lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.
2. La acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.
3. En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.

se está llamando al denunciado a declarar ante el Fiscal. Si esto es así, entonces el principio de imputación necesaria quedará resguardada desde que la defensa no se verá lesionada, y si en el interrogatorio por ejemplo el Fiscal se muestra totalmente incisivo, con preguntas impertinentes, quedará el cuestionamiento de las preguntas del Fiscal, pidiendo por ejemplo la nulidad del acto procesal o algo similar, pero ya no podrá ser cuestionado por vulneración del principio de imputación necesaria. En otras palabras, la declaración del investigado debe ser la última diligencia que debe realizar el Fiscal durante las Diligencias Preliminares, y si ya el Fiscal ha emitido su Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, entonces la declaración del imputado –que ya no es investigado– será la primera diligencia que lleve a cabo.

3.3.2. *La audiencia de tutela de derechos*

El otro argumento para considerar que el principio de imputación necesaria debe ser en la Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria es en función al artículo 71.4 del nuevo Código Procesal Penal, que prevé la llamada de Tutela de Derechos^[32].

^[32] Sin embargo de lo dicho, si bien el artículo 71 del Código Procesal Penal precisa que el imputado puede hacer valer por sí mismo o a través de su abogado los derechos que la Constitución o las leyes le conceden desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso, también lo es que las puertas de la Audiencia de Tutela deberá abrirse solo cuando al caso en particular haya concurrido cualquiera de las causales mencionadas en dos ítems anteriores (art. 71.2); esto es, cuando al imputado no se le puso en conocimiento de los cargos incriminados, no se le comunicó las causas de su detención, no se le entregó la orden de detención girada, no se le permitió designar a la persona o institución a quien se comunique su detención, no se le permitió efectuar una llamada telefónica al haber sido detenido, no se le permitió contar con un abogado defensor en forma permanente y entrevistarse con aquel en forma privada, no se le permitió abstenerse de declarar o solo hacerlo de manera voluntaria; no se permitió al abogado defensor estar presente en su declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; ha sido objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ha sido sometido a técnicas o métodos que han inducido o alterado su libre voluntad, ha sufrido restricciones ilegales y no se le permitió ser examinado por un médico legista o por un profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requirió. Por lo visto, queda claro que se solicitará la intervención del Juez de Investigación Preparatoria vía tutela solo cuando la causal haya quedado consumada, esto es, que no puede ser invocada en abstracto.

ECómo se puede observar, dicho articulado menciona que el imputado puede acudir a dicha audiencia –dirigida por el Juez de Investigación Preparatoria– cuando durante el desarrollo de las “diligencias preliminares” o en la “Investigación preparatoria” el Fiscal no ha respetado los derechos fundamentales del imputado; claro está que sólo será en la medida que afecte la imputación penal concreta, objeto de nuestro estudio. En tal sentido, por ejemplo, si el Fiscal en su Disposición Fiscal de Continuación y Formalización no ha concretado y detallado los cargos en contra del investigado (artículo 71, a. del Código Procesal Penal), en otras palabras, si no se ha motivado adecuadamente dicha disposición (en cuestiones fácticas, en cuestiones de calificación jurídica, o en actos de investigación) se produciría una vulneración al principio de la imputación necesaria.

A. *Audiencia de tutela de derechos en el NCPP, el principio de imputación necesaria y el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de la República*

Uno de los mayores aportes del nuevo modelo procesal no solo es que los conflictos penales se puedan resolver antes de la emisión de la sentencia final, a través de los llamados “mecanismos de negociación” o de “simplificación procesal” (por ejemplo, el principio de oportunidad y acuerdos reparatorios, terminaciones anticipadas, convenciones probatorias, sentencia de conformidad) sino que también ha puesto de relieve la existencia de mecanismos y/o acciones –al interior del mismo proceso– que puede utilizar el propio imputado o investigado –o través de su abogado defensor– para hacer valer sus derechos ante el órgano jurisdiccional cuando el Fiscal de la Investigación Preparatoria abuse de su derecho de investigación. Una de ellos es la audiencia de Tutela de Derechos donde uno de sus principales causales para acudir a dicha audiencia es cuando no se ha precisado los cargos en contra del imputado. Una prueba más que la idea del legislador procesal peruano es que la imputación que realice el Ministerio Público sea lo más clara posible en las instancias *iniciales* del proceso penal (terminada las Diligencias Preliminares y comenzando la Investigación preparatoria Formalizada) es una de las causales para solicitar una audiencia de tutela *es conocer los cargos en contra del imputado/investigado*.

En efecto, el derecho de defensa –y por ende la presunción de inocencia– es lo que ha querido custodiar el NCPP cuando exige la precisión de los cargos sea al inicio de la imputación (formal), pues no tendría sentido hacerlo al final del proceso, o en todo caso, si se llegase a producir un cambio en la imputación cuando el proceso penal esté por ejemplo en la etapa intermedia o cuando está en la etapa de juzgamiento, también al imputado se le debe poner en conocimiento los cargos concretos de la imputación en su contra, es decir, no se trata simplemente de poner en conocimiento al imputado de los cargos ya que se puede cumplir con la simple notificación en el domicilio procesal o real, sino que el principio de imputación necesaria en realidad exigiría un *plus*, que el conocimiento de los cargos sea en forma concreta y precisa (de hechos ocurridos, de calificación jurídica, de los actos de investigación que la sustentan, etc.). Tanto el conocimiento de la imputación como la imputación propiamente dicha son los elementos esenciales que confluyen en el concepto de la imputación necesaria.

En tal sentido, *el conocimiento de la imputación penal se trata más bien de un acto procesal vinculado a que las disposiciones puedan conocerse inmediatamente por las partes (imputado y Ministerio Público) para el ejercicio de su derecho de contradicción*. Así las cosas, puede presentarse el siguiente caso: puede haber una adecuada imputación penal del Fiscal contenida en una disposición pero el imputado jamás tomo conocimiento de tal imputación por motivo que se encontraba de viaje o porque consignaron mal su domicilio real o procesal, lo cual provocará un estado de indefensión en el imputado. Esta situación no podrá ser amparado vía principio de imputación necesaria, porque la vulneración no está contenido en la motivación de la disposición fiscal sino en el acto procesal de la notificación, que está más vinculada a una vulneración al derecho de defensa que puede presentarse en cualquier etapa del proceso penal.

El hecho de sostener que la imputación necesaria deba de custodiarse desde la Disposición de Continuación y Formalización de Investigación Preparatoria ha traído como consecuencia un problema adicional, que a decir verdad se ha preferido la eficacia en contra de los intereses de la defensa, del imputado. En efecto, el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, sobre el asunto sobre la audiencia de tutela de derechos, ha señalado lo siguiente: *“Otro de los problemas recurrentes que es el*

caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar –desde la defensa– una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que al Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa a imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra”.

Es decir, el mensaje del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de la República es que la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria no puede ser ventilada vía audiencia de Tutela de Derechos. En otras palabras, la Corte Suprema ha establecido que cuando se observe por ejemplo una violación al principio de imputación necesaria en la citada Disposición Fiscal, se debe declarar improcedente, porque se trata de un acto unilateral. Lo que llama la atención es que el mismo Acuerdo Plenario expresa que “en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa”, y si el derecho de defensa es una base de la Audiencia de Tutela, y caso el principio de imputación necesaria no es acaso, en otras palabras, proteger el derecho de defensa del imputado.

Los jueces supremos, al redactar y aprobar el citado Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, emitido por la Corte Suprema de la República, no ha reparado que dicha Disposición Fiscal está implícitamente en la idea de concretar la imputación penal en contra del investigado, y se equivocan al suponer que lo único en que pueden errar los fiscales es en la tipificación del hecho investigado, ya que para ello existe el medio de defensa técnico como la excepción de improcedencia de acción.

En efecto, el Acuerdo Plenario señala que: "Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnica para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese, por ejemplo, en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente".

Sin embargo, el Acuerdo Plenario citado no menciona nada en relación a una mala motivación que podría realizar el Fiscal -del paso de las Diligencias Preliminares a la Investigación Preparatoria formalizada- la misma que como sabemos generará indefensión al imputado, máxime si tenemos en cuenta que las posibilidades de restricciones de derechos al imputado se van incrementando a medida que avanza el proceso penal -por ejemplo, requerimiento de prisión preventiva, embargos, medidas restrictivas de derechos como incautaciones, allanamientos, etc.-. Quizá han entendido que la idea de acudir a la Audiencia de Tutela de Derechos es para anular todo el proceso penal, lo cual es una posibilidad pero no la única, ya que hay otras dos alternativas. En efecto, si leemos el artículo 71.4 del nuevo Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 podemos deducir que son tres formas de custodiar los derechos del imputado vía audiencia de tutela: se puede dictar una medida de tutela "correctiva" -que ponga fin al agravio- también puede dictar una medida "reparadora" -que lo repare, por ejemplo subsanando la omisión- o una medida "protectora".

Si la idea del Acuerdo Plenario era darle celeridad a los procesos penales y que no se dilaten por la vía Audiencia de Tutela, entonces hubieran dicho expresamente que cuando se vulnere el principio de imputación necesaria en la Disposición Fiscal de Investigación formalizada solo se podrá utilizar la medida de tutela reparadora, es decir, que el Juez de Investigación Preparatoria en audiencia, en forma oral dicte la medida reparadora -siempre y cuando se verifiquen tal vulneración- diciendo por ejemplo que el Fiscal tendrá un plazo de tantos días para que subsane la omisión que ha incurrido en su disposición (que motive adecuadamente un hecho, o la calificación jurídica), y una vez subsanada tal omisión luego se continuará con el proceso penal.

Por último el citado Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de la República ha señalado –al menos implícitamente– que el principio de imputación necesaria se podría ventilar vía Audiencia de Tutela de Derechos que prevé el artículo 71.4 del Nuevo Código Procesal Penal, pues en el punto número 10 de dicho Acuerdo Plenario se menciona lo siguiente: “Los derechos protegidos en el artículo 71° del NCPP son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos inculcados...”, y como hemos dicho el conocimiento de los cargos inculcados es en última instancia también que el conocimiento (en el tiempo oportuno) la imputación penal sea de manera concreta. Y esto responde a una razón lógica: no tendría sentido que la expresión legal que prevé el artículo 71.4 del nuevo Código Procesal Penal diga que el conocimiento de los cargos en contra de un imputado deba de realizarse después de producida por ejemplo la acusación del Fiscal, es decir, en la etapa intermedia del proceso. Si seguimos esta línea nos hacemos las siguientes preguntas: ¿recién con la acusación fiscal el imputado sabrá de que se le imputa?, ¿recién con la acusación fiscal el abogado defensor podrá ejercer su estrategia de defensa, cuando está *ad porta* el juzgamiento, cuando lo que se quiere es que la defensa sea eficaz mucho tiempo antes para precisamente poder evitar el Juzgamiento de su patrocinado? En otras palabras, de lo que se trata es que el derecho de defensa tenga validez y eficacia desde las primeras diligencias que se desarrollen dentro del proceso penal, es decir, en nuestro caso desde la Disposición Fiscal de Continuación y Formalización de Investigación Preparatoria prevaleciendo obviamente el principio de igualdad de armas que prevé el artículo I.3 de Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal y, sobre todo, prevaleciendo el principio de imputación necesaria.

4. ¿EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA Y SU AMPARO MEDIANTE EL ARTÍCULO 328.1 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL REFERIDO AL CONTENIDO DE LA DENUNCIA PENAL DE PARTE?

El principio de imputación necesaria enfrenta otro problema de cara a los actos de inicio de las Diligencias Preliminares, específicamente en el artículo 328.1 del nuevo Código Procesal Penal, que prescribe lo siguiente: “Toda denuncia debe contener la identidad del

denunciante, una narración detallada y veraz de los hechos y –de ser el posible– la individualización del presunto responsable” (las negritas son mías). Como puede verse, dicho articulado está dentro del *nomen juris* del “contenido y forma de la denuncia” y se entiende que cuando el Código señala el término “denuncia” se está refiriendo a la denuncia de parte que realiza los agraviados de un delito como acto inicial de conocimiento de un hecho punible.

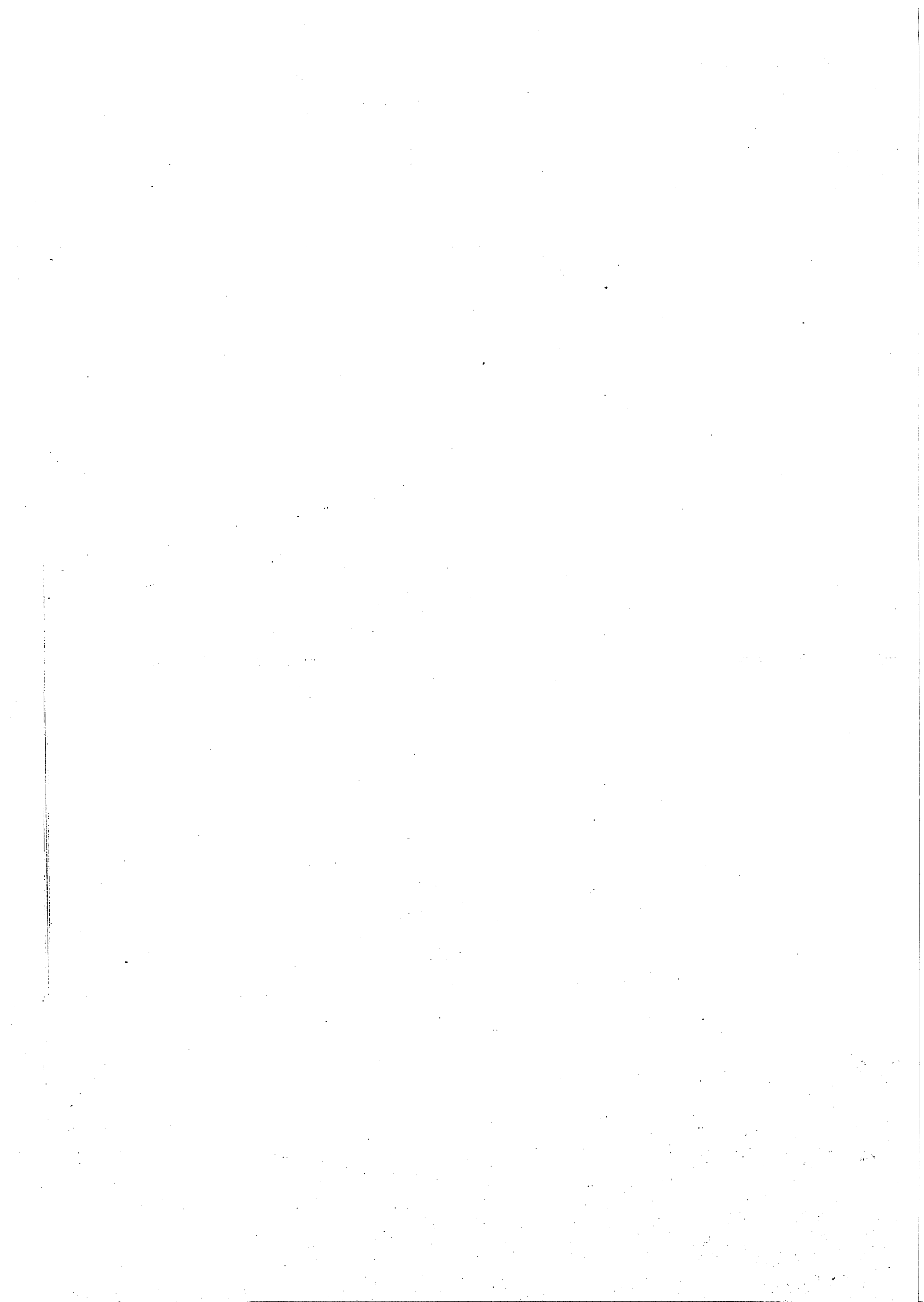
Ahora bien, el artículo 328.1 del nuevo Código Procesal Penal, cuando exige una detallada narración sobre los hechos, lo que está tratando de señalar es que el Fiscal de la Investigación Preparatoria, luego de que admita la denuncia de parte, *fije su norte o plan de su investigación en las Diligencias Preliminares (diseñar su teoría del caso)*, es decir, el denunciante –y no el Fiscal– se le debe exigir que precise –al máximo posible– los hechos que va a ser materia luego de la investigación para que el Fiscal pueda por ejemplo, realizar inmediatamente medidas restrictivas de derechos para la búsqueda de fuentes de prueba, medidas coercitivas preliminares, etc.

En ese sentido, no se exige una detallada narración de los hechos para que el Fiscal realice –en forma automática– una imputación penal en contra de una persona, ya que, como es sabido, nos encontramos en “actos iniciales de las Diligencias Preliminares”, y eso sería, a mi juicio, una exigencia demasiado grande para el Fiscal desde que estamos en grado de conocimiento de los hechos en perspectiva de *sospecha* –en noticia criminal– y ni siquiera en probabilidades o indicios razonables; de manera que no existe en este nivel de conocimiento del proceso una violación al principio de imputación necesaria sino, en todo caso, lo que habría es una violación al principio de objetividad en la investigación que ha realizado el Fiscal –durante las Diligencias Preliminares– como nivel previo o anterior a la imputación penal que realizará el Fiscal si decide obviamente continuar y formalizar la investigación preparatoria.

**LA PERICIA EN LOS DELITOS CONTRA
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:
*CRITERIOS PARA SU VALORACIÓN***

Roberto Cáceres Julca^()*

^(*) Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de San Martín de Porras,
Doctorando en Derecho.



1. LA PERICIA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En los delitos contra la administración pública la pericia adquiere especial significancia, al constituir una herramienta para acreditar uno de los elementos que exigen algunos tipos penales, mediante la identificación del perjuicio sufrido por el Estado u organismos mixtos, que puede adquirir la forma de un desbalance patrimonial de caudales^[1], efectos^[2] o de cualquier otro bien económicamente realizable o cualquier otro elemento cuantificable económicamente que el tipo exija.

-
- [1] Los caudales implican un contenido amplio de bienes que generalmente poseen carácter económico, en ellos quedan incluidos, el dinero, valores de crédito negociables, cheques, bonos, incluso los bienes artículos, recreativos e históricos
- [2] Por "efectos" se entiende "aquellos objetos o bienes igualmente susceptibles de valoración económica, con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la administración". MORALES PRATS. En Quintero Olivares, Gonzalo, Morales Prats, Fermín y otros), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, T. II, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1247.

En casos como el delito de colusión^[3], enriquecimiento ilícito^[4], peculado^[5], entre otros, la pericia técnica o científica resulta determinante para acreditar el perjuicio o el desbalance patrimonial.

El fundamento de la necesidad de la *prueba pericial* se encuentra en que el Juez y/o las partes requieren por regla general que una persona llamada perito, traduzca o interpreten hechos, aspectos fácticos u elementos probatorios aplicando conocimientos científicos, técnicos que escapan de los conocimientos normales y generales de los que se disponemos, de forma que se obtenga conclusiones que sirvan de apoyo o de contradicción para probar una circunstancia fáctica que el tipo exige probar.^[6]

Así se exige realizar una pericia ante la necesidad de: a) investigar la existencia de ciertos hechos, cuya determinación para que sea exhaustiva, exige necesariamente conocimientos técnicos especializados; b) haya de decidirse acerca de la naturaleza o cualidades de ciertos hechos o circunstancias; c) la base de la sentencia debe principalmente apoyarse en la admisión de un hecho como posible o probable; d) de

[3] “La pericia resulta pertinente para dilucidar la existencia del componente perjuicio, como elemento exigible para los casos colusión agravada”. CÁCERES JULCA, Roberto y CARRIÓN DÍAZ, Juan. *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, Editorial Idemsa, Lima, 2011, p. 98.

[4] La pericia en los delitos de enriquecimiento ilícito, busca identificar el desbalance patrimonial del funcionario público, como producto del uso irregular o ilícito de sus funciones, de manera accesoria coadyuva a identificar los vínculos que pueden existir con un *extraneus* beneficiado con el irregular o ilícito actuar.

[5] “El delito de peculado exige necesariamente para su configuración un perjuicio patrimonial previsto de forma material contra la entidad estatal. En estas circunstancias se entrelazan el bien jurídico funcional que se busca proteger en estos delitos, que son el patrimonio y la administración pública”. CÁCERES JULCA/ CARRIÓN DÍAZ. *El delito de peculado. Aspectos sustantivos y procesales*. cit., p. 50.

[6] “La intervención en el proceso del experto o especialista, que en la respectiva área posee el conocimiento del cual el Juez carece y está en perfecta posibilidad de estudiar, descubrir o valorar uno o varios elementos de prueba – hechos, cosas o fenómenos que el caso presenta-, para lo cual se requieren, de manera ostensible, determinados conocimientos artísticos, científicos o técnicos, es decir, conocimientos propios de una formación o capacidad especializada”. PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *La prueba pericial: sistema acusatorio*, Librería Jurídica Sánchez, Bogotá, 2006, p. 60.

los hechos demostrados, se trata de deducir sus consecuencias y cuyas conclusiones solo pueden ser determinadas por la pericia.

Se trata de una exigencia de la regla de prueba que forma parte del derecho a la presunción de inocencia, que establece que cada elemento fáctico que forme parte de la imputación debe ser probado, de este modo “el principio de inocencia, tal como se desprende del artículo 8 numeral 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, exige que una persona puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.^[7]

Esto significa que si el tipo acreditar el perjuicio patrimonial es porque se trata de un objeto de prueba^[8] que requiere ser acreditado. De no poder concretarse su probanza, la consecuencia sería que no podría condenarse en aquellos casos que el tipo penal exija perjuicio, lo que no significa que no puede condenarse por el tipo base, si los demás elementos del tipo se encuentra debidamente acreditados, por ejemplo, de no probarse el perjuicio en el delito de colusión agravada, podría condenarse con el tipo base de colusión, siempre y cuando este ha sido propuesto por el Fiscal en su acusación alternativa o subsidiaria o en su requisitoria oral o alegatos finales, o que haya sido advertido por el juzgador a las partes conforme a lo establecido en el artículo 374.1 del CPP.^[9]

Esta regla de la acreditación del perjuicio tiene una excepción, esto suele ocurrir cuando se presentan particularidades, la más común es

^[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Villagrán Morales y otros*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafos 222, 224.

^[8] “El objeto de la prueba en proceso penal está constituido por el material fáctico, incierto en cuanto a su conocimiento y que tal se debe y puede probar a los fines de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a decisión”. JAUCHEN, EDUARDO M. *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 21.

^[9] Artículo 374.1 del Código Procesal Penal. Señala que “si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no han sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad”.

aquella en la que el perjuicio, pese a ser objeto de prueba, se encuentra debidamente acreditado por el Fiscal a través de algún instrumento probatorio distinto a una pericia, el mismo que ha sido admitida por las partes como tal, ya sea que fuera producto de convenciones probatorias^[10] aprobadas por el juez penal, o que no hayan sido objeto de contradicción a través de la oposición de la acción penal discutida mediante una excepción de improcedencia de acción^[11] o mediante el control de acusación.

Ahora bien, existen ciertos hechos que están exentos de ser probados, como es el caso de los hechos evidentes^[12], los hechos no-

^[10] Son circunstancias fácticas que las partes acuerdan que no necesitan probanza, pues se encuentran conformes respecto de su existencia. Recordemos que el objeto de este medio de prueba, como todos, es la prueba de un hecho, ese hecho bien puede ser el perjuicio causado. Consideramos que el sobreprecio, perjuicio si es posible de ser objeto de convención probatoria, en aquellos casos en los que las partes decidan considerar como probado este elemento típico, en tanto, que estamos ante un elemento de prueba de libre disposición, que no resulta indisponible y su aceptación suponga una disposición de referido derecho.

^[11] Las excepciones son un instituto procesal que habilita la oposición, contradicción o discusión desde la perspectiva de hecho, motivo o título jurídico de la acción penal imputada al sujeto procesal accionado, a través de la introducción de circunstancias impeditivas, extintivas o modificativas al nacimiento, desarrollo o continuación de la relación jurídica procesal, evitando con ello que se reconozca la exigibilidad, efectividad o que se desvirtué el efecto jurídico perseguido por la acción penal. Ahora bien, existirá ausencia de tipicidad cuando en la conducta del sujeto activo no concurre alguno de los elementos del tipo penal. Se puede deducir una excepción de improcedencia de acción si se comprobara que en el caso en concreto faltará bien la imputación objetiva, el elemento descriptivo, el elemento normativo del tipo o la imputación subjetiva.

^[12] "Son aquellos que resultan de las máximas de la experiencia, que se expresan como normales en oposición a todo aquello excepcional o extravagante: son los que comúnmente acontecen como consecuencia habitualmente natural. Cuestiones tales como la ley física de la gravedad se presentan tan evidentes a raíz de la experiencia práctica, que realmente resulta innecesario recurrir a medios probatorios para corroborar extremos semejantes". JAUCHEN EDUARDO M. cit., p. 22.

torios^{[13][14]}, los hechos no controvertidos^[15], los que sean fruto de las reglas de la experiencia^[16].

En estos casos estamos ante una de las excepciones al principio de la carga de la prueba, bajo esta excepción, el Ministerio Público, parte procesal a quien le interesa acreditar la defraudación patrimonial, tiene una ventaja procesal consistente en que no tiene que probar el perjuicio, al no ser punto controvertido, ya sea porque estemos ante un hecho o circunstancia admitido y/o reconocido por el imputado o ante un caso de convenciones probatorias.

^[13] “Son hechos notorios todas aquellas cuestiones que aparecen como generalmente conocidas por el hombre medio en razón de su evidente divulgación o publicidad, y que en consecuencia no es menester su prueba, pues se presuponen también conocidas por el juzgador. Empero, así conceptuando, su notoriedad será siempre relativa, circunstancia a los límites espaciales y temporales en donde la circunstancia tiene publicidad”. JAUCHEN EDUARDO M. cit., pp. 22-23.

^[14] “Debe distinguirse cuidadosamente la notoriedad del conocimiento privado del juez. Hechos notorios no son los que el juez conoce privadamente, pues estos podrían no ser conocidos por todos. Notorio son aquellos hechos que, aun no habiéndolos percibido el juez directamente, su existencia está plenamente acreditada y es de dominio público. Y ello es precisamente lo que explica la exigencia de prueba y motivación de estos hechos. Por otro lado, que el juez conozca privadamente ciertos hechos alegados en el proceso puede influir en el contexto de descubrimiento: su convicción sobre la ocurrencia de los mismos será absoluta. En suma la motivación no puede resumirse en un esto es así porque yo lo sé. Sobre los hechos que el juez conoce privadamente pesa la misma exigencia de justificación que sobre el resto. Respecto a la llamada prueba directa, se le reconoce así porque no existe dificultad compleja de razonamiento que posee la prueba indirecta. No obstante, cabe aclarar que la prueba directa tiene también naturaleza inductiva, y lo único que la separa de la prueba indirecta o indiciaria es el número de pasos inferenciales de que consta. Nada la exime por tanto, de la exigencia de motivación”. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 202 y ss.

^[15] Los hechos no controvertidos son aquellos sobre los que las partes no ejercen contradicción, ya sea porque aceptan tácita o de manera expresa la validez de la inferencia.

^[16] “Las reglas de la experiencia se refieren al conocimiento del hombre común, en otras palabras, las máximas de la experiencia, son aquellos principios abstractos conocidos y aplicados en determinada zona cultural, que sirven para verificar la prueba y que contribuyen a formar el criterio del juzgador”. CÁCERES JULCA, Roberto, IPARRAGUIRE NAVARRO, Ronald. *Código Procesal Penal Comentado*. Decreto Legislativo N.º 957, Editorial Jurista Editores. Lima, 2006, p. 449.

Para entender la excepción a la carga de la prueba, debemos previamente remitirnos a la relación entre el principio acusatorio y el derecho a la presunción de inocencia en su regla de prueba, y particularmente dentro de este con el principio de la carga de la prueba.

El principio acusatorio guarda vinculación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia en su regla de prueba, desde la perspectiva de que no es posible la imputación y menos la condena sin prueba de cargo. La prueba de cargo es aquella en la que el juzgador sustenta la formación de su íntima convicción sobre la culpabilidad del procesado, tal convicción debe ser racional y razonablemente expuesta en una sentencia condenatoria.

Asimismo, la vinculación entre derecho a la presunción de inocencia y principio acusatorio tal y como lo señala PÉREZ ARROYO reside en que "la presunción de inocencia es una consecuencia obligada del principio acusatorio y del derecho a no declararse culpable. Si para ser condenado alguien tiene que ser previamente acusado, es obvio que a quien acusa tiene que exigírsele que pruebe su acusación para que el acusado pueda ser condenado. Actividad probatoria en la que no podrá contar con la colaboración del acusado, que tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable".^[17]

De lo anotado se deduce que los elementos de prueba que será objeto de valoración, son aquellos que han sido postulados y admitidos como medios de prueba siempre que cumplan para su admisión y posterior valoración con los valores de pertinencia^[18], utilidad, oportunidad y licitud,^[19] y con posterioridad se sujeten a los principios de

[17] PÉREZ ARROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 500.

[18] La utilización de los medios de prueba pertinentes, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean idóneas y necesarias, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el tema a decidir.

[19] "A la prueba de descargo ilícitamente obtenida o aportada al proceso, habrá siempre un conflicto de intereses entre la licitud por quiebra de la legalidad fundamental o no y la preservación de otros derechos fundamentales (en referencia al derecho de defensa y a la presunción de inocencia), que permite in-

contradicción, intermediación y oralidad que en conjunto informan la actividad probatoria representado las garantías inherente al derecho al proceso justo o debido, y al que al mismo tiempo constituye límites inmanentes a su ejercicio derivados de la propia naturaleza del derecho.

Ahora bien, el derecho a la presunción de inocencia tiene en su regla de prueba como uno de sus pilares el principio de la carga de la prueba, por esta *se impone a quien alega un hecho que tiene la obligación de probar, puesto que la alegación misma no constituye de por sí una prueba, pues la carga de prueba incumbe a quien quiere afirmar una verdad de hecho como fundamento o condición jurídica del propio hecho.*

Precisamente el principio de carga de la prueba introduce un desequilibrio estructural en las posiciones de las partes por el cual *“el que alega debe probar”*. Esto generalmente favorece al imputado y a su defensa quien no asume ningún rol positivo respecto a la probanza de los hechos atribuidos, con esto su posición procesal se ve reforzada, mientras que la posición del Ministerio Público se encuentra limitada como consecuencia de la carga activa de la prueba.

De este modo *“la prueba debe ser de cargo, esto es, debe tener un contenido objetivamente incriminatorio para el acusado o acusados. No es suficiente con la simple presencia formal de pruebas, es imprescindible que las mismas tengan un contenido incriminatorio que sea congruente con los hechos introducidos en el proceso por las acusaciones y que constituyen su objeto”*.^[20]

La carga de la prueba asignada al titular de la acción penal es un estándar de prueba muy alto, en tanto exige estas probanzas:

- i. Que el hecho delictivo existió. Esta labor no consiste en una mera apreciación fáctica de los sino es primordialmente una

clinarse a favor de estos”. BELTRÁN NÚÑEZ, Alfonso. *“La prueba de defensa”*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 473.

^[20] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *“La Valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004”*. EN: Instituto de Ciencia Procesal Penal, p. 14.

labor técnico- jurídica consistente en analizar si la conducta imputada es típica, antijurídica (ausencia de causas de justificación) y culpable^[21].

- ii. Que se individualice a las personas que participaron en el hecho imputado, sean estos autores o cómplices. La individualización no debe entenderse en su manifestación fisiológica si no es de naturaleza atributiva-valorativa; es decir, imputar un hecho a su autor como su obra.^[22]
- iii. Las causas o factores que influyeron en la realización del hecho delictivo.
- iv. Las circunstancias de lugar, tiempo y modo de la comisión del delito.
- v. Los daños y perjuicios causados por el delito a la institución u organismo perjudicado^[23].

Esto último es lo que nos interesa particularmente al analizar aquellos casos en los que se exige la probanza de la defraudación patrimonial. Como ya lo dijimos, esto por lo general exige la existencia de una pericia que determine de forma aproximativa dado que por lo general el perjuicio sufrido, sin embargo la pericia no será requerida

^[21] ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*; Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 35.

^[22] CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantías constitucionales de la defensa procesal*. Bosch, Barcelona, 1998, p. 121.

^[23] La organización de las Naciones Unidas en el VI congreso de prevención del delito y tratamiento del delincuente, en Caracas, Venezuela, en el año de 1980 y en las reuniones preparatorias del VII congreso llevado a efecto en Milán, Italia, en 1985, se planteó que el término "víctima" puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida o daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que: a) constituya una violación a la legislación penal nacional; b) constituya un delito bajo el derecho internacional que constituya una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente. c) que de alguna forma un clic en un abuso de poder por parte de personas que ocupan posiciones de autoridad política económica. La víctima puede ser un individuo o colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales, y grupos u organizaciones políticas.

en aquellos casos en los que el perjuicio esta individualizado como prueba de cargo.^[24]

De lo dicho se desprende que estamos ante un supuesto de hecho no controvertido, en la que el perjuicio se ha determinado través de un medio de prueba, que es capaz de expresar la cantidad pagada por la entidad pública, como sería el caso de un cheque, una factura, un título valor o cualquier otro medio que pueda acreditar de forma cierta el perjuicio económico, en estos casos no habría necesidad de realizar una pericia, porque el perjuicio es observable y susceptible de ser identificado a plenitud, por tanto, el órgano jurisdiccional no tendría necesidad de recurrir al apoyo de un perito, si él mismo está en capacidad de percibir a través de sus sentidos el perjuicio económico ocasionado.

Claro que este supuesto exige que la defensa del imputado no cuestione durante el proceso penal la existencia del pago, su exceso, la naturaleza del pago, el documento en la que conste el pago, su ilegitimidad o su validez, etc., esto significa que no debe de existir ningún tipo de cuestionamiento planteado y/o admitido como punto contradictorio respecto del perjuicio.

Además de los casos precitados, debemos incorporar los casos en los que existe informe especial emitido por la Contraloría de la República, al respecto SAN MARTÍN CASTRO señala que "tratándose de una pericia oficial o institucional no es del caso que el juez nombre dos peritos contadores para realizar una pericia contable sobre la base del Informe de Auditoría Gubernamental, para reiterare lo ya realizado.

^[24] "La prueba debe ser de cargo (...) debe tener un contenido objetivamente inculpativo para el acusado o acusados. No es suficiente con la simple presencia formal de pruebas, es imprescindible que las mismas tengan un contenido inculpativo que sea congruente con los hechos introducidos en el proceso por las acusaciones y que constituyen su objeto. En definitiva la prueba debe tener un contenido que permita, desde un criterio racional, tener por acreditada la participación del acusado en el hecho delictivo y la propia existencia del hecho punible⁸⁶. Ello exige que queden acreditados los diferentes elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación". MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La Valoración de la Prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004". Ob. cit., p. 17.

Es obvio, empero, que el Juez solo lo hará (1) por razones afectantes a la persona de los auditores gubernamentales recusación fundada; (2) por razones afectantes al procedimiento que lesiona el principio de contradicción causante de la anulación del Informe Pericial; y, (3) por razones afectantes al contenido del informe por estimar que la pericia ha sido realizada sin la adecuada corrección técnica”.^[25]

Concluimos que si bien no es necesario una pericia para acreditar la defraudación por los fundamentos expuesto, esto no quiere decir, que el Ministerio Público no pueda solicitar una pericia o el órgano jurisdiccional pueda ordenar disponer la misma, a efecto de determinar los costos por el no uso del capital por parte de la institución u organismo público del dinero pagado en exceso o del que no debió pagarse.

Esta pericia de naturaleza contable ayudaría a fijar, a partir del monto indebidamente pagado ya determinado, los costos en que incurrió la institución por la no disposición de sus recursos, si por ejemplo hubiera decidido colocar ese dinero en una institución bancaria, o si lo hubiera mantenido en sus arcas y lo hubiera utilizado en una alternativa de inversión a la que tuvo que renunciar, lo que generalmente se conoce como costo de oportunidad, es decir, el costo que se genera al tomar una determinación que conlleva la renuncia de otra alternativa.

Esta posición será válida en tanto que el juez no requiera de un colaborador- perito- quien debe proporcionarle sus conocimientos técnicos para entender la materia de debate, ergo si el juzgador cuenta con los conocimientos necesarios, los cuales no requieren ser especializados.

2. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE PERITO, PERITACIÓN, PERITAJE, DICTAMEN PERICIAL Y PRUEBA PERICIAL

Es frecuente que cuando se habla de prueba pericial, que se aluda a diversos contenidos conceptuales relacionados entre sí, por lo que es importante diferenciar los siguientes conceptos: “*Perito* –dice– es toda persona a quien se le atribuye capacidad técnico-científica o práctica en una ciencia o arte. *Pericia* es la capacidad técnico-científica o práctica

^[25] SAN MARTÍN CASTRO, César E. *La persecución penal de la corrupción política en el Perú*. Estudios de derecho procesal penal. Grijley, Lima, 2012, p. 565.

que acerca de una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito. *Peritación* por su parte es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines. *Peritaje* es la operación del especialista traducido en puntos concretos".^[26]

El dictamen pericial es una actividad u operación técnica o científica consistente en la obtención de conclusiones conducentes a un concreto resultado, como consecuencia de aplicar a un espectro de la realidad pasada conocimientos técnicos y/o científicos, que son propios de una cultura profesional especializada, algunos casos, estos conocimientos asumen métodos y mecanismos complejos y sofisticados, en otros, requiere la aplicación de una fórmula, o de un procedimiento, de criterios o normas de actuación predeterminadas en cuanto a su forma y aplicación de modo específico.

Las pericias o experticias es un medio de prueba que lo que hace es una valoración de los hechos o de una parte de ellos desde el punto de vista de un conocimiento especializado. De este modo, lo que se aprecia, *es la significación de la prueba pericial y el valor de las opiniones de los peritos. Esto significa que la pericia no aporta hechos al proceso, sino que interpreta hechos ya existentes desde el punto de vista de un conocimiento especial.*

La prueba pericial, conceptualmente es aquella pericia que por la calidad del procedimiento, técnica o método empleado, las explicaciones detalladas sobre las operaciones realizadas, el modo en que se formulan las proposiciones, la relación de elementos conducentes, las conclusiones cualitativa y cuantitativa razonables producen sobre una circunstancia concreta un alto grado de convicción muy próxima a la certidumbre objetiva.

3. CLASES DE PERICIAS APLICABLES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En los delitos contra la Administración Pública, los peritajes o dictámenes periciales, tienen tres características esenciales: a) son peri-

^[26] COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, T. II, Biografías Ediciones, México, 1964, p. 89.

tajes de opinión, en tanto aprecian o valoran un hecho o circunstancia (perjuicio) que es uno de los objetos de discusión; b) son peritajes históricos o retrospectivos porque se refieren a hechos o circunstancias pasados; c) adquieren formas específicas en atención a lo que se pretende determinar con la pericia.

Respecto a esto último los peritajes pueden tener por finalidad determinar el valor del bien o servicio adquirido, la diferencia de precios y por tanto, el exceso en el pago realizado, determinar la falta o deficiencia de una técnica o procedimiento requerido por las bases o las leyes generales o especiales de contratación pública, el uso inadecuado del bien, etc.

CASTILLO ALVA citando abundante ejecutorias de la Corte Suprema afirma que "en la acreditación del delito de colusión ilegal resulta esencial y de significativa importancia la elaboración de informes y dictámenes periciales, dentro del proceso penal, ya sea a modo de pericia contable, valorativa, económica, financiera, bromatológica, mecánica o de cualquier otro orden siempre que se busque determinar la existencia o no del perjuicio económico y la precisión de la magnitud del mismo. (...) La pericia sirve a veces para dilucidar las diferencias existentes entre los precios de adquisición de los productos (...). Asimismo, permite comparar los montos promedios que se cobran, por ejemplo, por servicios profesionales en liquidaciones técnicas financieras de obra (...)"¹²⁷, entre otros supuestos que puedan presentarse en la praxis judicial.

Consideramos que las modalidades precitadas son las que adquiere la pericia cuando se aplican no sólo a la colusión agravada, sino que se extiende a los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, entre otros en los que se exija acreditar el detrimento patrimonial.

Desarrollaremos dos de los tipos de peritajes más comunes en nuestro ámbito:

¹²⁷ CASTILLO ALVA, José Luis, GARCIA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*, Editora Jurídica Grijley. Lima, 2008, pp. 209-210.

- a) El informe de auditoría.- La Contraloría General de la República cumple un papel fundamental como órgano de control de la Administración Pública.^[28] Dentro de las labores que realiza esta la de emitir informes^[29].

Estos informes según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, artículo 15 literal "f" tienen la calidad de «prueba preconstituida». Nosotros consideramos que no tienen tal calidad^[30], sino la de medio probatorio, circunstancia reconocida

^[28] Recordemos que la Contraloría General de la República es un organismo autónomo, tal como lo señala el artículo 82 de la Constitución, cuando señala que: "la Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano rector del Sistema Nacional de Control, quien en su calidad de ente técnico, organiza y desarrolla el control gubernamental en forma descentralizada y permanente; en los administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades bajo su ámbito de aplicación." El Sistema Nacional de Control está conformado por los siguientes órganos de control: La Contraloría General como ente técnico rector, los Órganos de Control Institucional y las Sociedades de Auditorías; quienes mediante su Plan Anual de Control programan las Acciones de Control con la finalidad de supervisar y vigilar que los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia.

^[29] La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, establece en su artículo 15° literal f) que son atribuciones del Sistema: "emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los Informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo *prueba pre-constituida* para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes.

^[30] Si bien no existe un artículo que regule en forma expresa la prueba preconstituida, esta puede ser inferida del artículo 325 así como del artículo 425 numeral segundo del Código Procesal Penal cuando hace referencia a las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza el Código.

Para que el Informe de Contraloría tenga la calidad de prueba preconstituida debería cumplir con los siguientes presupuestos: a) materiales, que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral, es decir, la preconstitución recae sobre elementos irrepetibles debido a la fugacidad del objeto de análisis que hacen irrepetible que pueda practicarse en el juicio oral. Situación que tiene que ser ajena a la voluntad de la parte que propone el elemento de prueba como prueba preconstituida. b) Subjetivos, para el acto de preconstitución de prueba se necesita de la intervención de la Policía o del Fiscal de la Investigación Preparatoria, asimismo se requiere que los medios de prueba hayan sido obtenidos de forma legítima, acorde a las garantías establecidas en el Código

por nuestra jurisprudencia, en tanto que cumplan con información técnica o científica de modo concordante y preciso sobre lo que es objeto de discusión.^[31]

Partimos de afirmar que existe una diferencia entre el informe de contraloría y el hallazgo de auditoría o auditorías forenses.

- i. *El informe de auditoría.*- “Los Informes de Auditoría están regulados por las denominadas Normas de Auditoría Gubernamental-NAGU-, aprobadas por Resolución de Contraloría N° 162-95-GC, del 22.09.1995, modificados por las resoluciones de Contraloría N° 259-2000-CG, del 13.12.200 y 012-2002-CG, del 21.01.2002, que regulan tanto las cualidades del auditor y la calidad de su trabajo, cuanto la ejecución del trabajo y la preparación del Informe. La Auditoría Gubernamental, según dicho reglamento, es el examen objetivo de las operaciones financieras y/ o administrativas, efectuado con posterioridad a su ejecución, en las entidades sujetas a control. Se denomina examen especial a la auditoría que puede comprender o combinar la auditoría financiera si los estados financieros reflejan razonablemente su situación financiera y con la auditoría de gestión evaluación del correcto uso de los recursos públicos- así como el cumplimiento de los dispositivos legales aplicables.

Procesal Penal y en la Constitución. c) formales, toda vez que los medios de prueba preconstituidos ingresan al proceso a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al artículo 245 numeral quinto del Código Procesal Penal o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido sea objeto de debate procesal en el que se ejerza la necesaria contradicción ante el juez de la investigación preparatoria.

- [31] “El Informe de la Contraloría aparece como que las impresoras se adquirieron con un sobreprecio de quinientos once mil dólares y las computadoras con un sobreprecio de tres mil trescientos dieciocho dólares, además obtuvo la buena pro una empresa que no se dedica al rublo de computadoras, que lo expuesto acredita no sólo un concierto ilegal, vistos los vicios del procedimientos de adjudicación directa, sino esencialmente la presencia de una defraudación, en tanto que los equipos adquiridos, incluso a un vendedor que no se dedica oficialmente al rublo de computadoras, tienen un valor superior a equipos de cómputo similares, de modelos y marcas reconocidas en el mercado que, en tal virtud, la absolución en este extremo carece de virtualidad”. Ejecutoria Suprema Sala Penal Permanente N° RN 798-2005- Ica, Lima, 22 de junio de 2005.

Los que se plasman en un informe”.^[32]

De lo dicho se comprende que estamos ante un documento, emitido por profesional competente y calificado quien debe sujetar su actuación y la aplicación de su conocimiento a las Resoluciones de Contraloría mencionadas, a partir de las cuales realizara el examen, verificación y evaluación, aplicada a una materia a fin de obtener concretos resultados.^[33]

En los delitos contra la administración pública el informe de auditoría, dígame informe especial, ha adquirido importantes connotaciones, debido al carácter de “pericia técnica” que le asigna el NAGU. “Ello es así porque el Informe Especial, amén de incorporar hechos a la causa, traduce aportes técnicos, contables y de auditoría gubernamental-información, operaciones, procedimientos, análisis y conclusiones, que es lo que se denomina el acto pericial en sí, que a su vez se plasma en el informe o dictamen pericial-necesarios para conocer o apreciar los hechos objeto de la imputación contra la administración pública. Además, desde el punto de vista de su clasificación interna, en el ámbito propiamente pericial, el Informe Especial es un dictamen pericial de carácter extraprocesal, pero –esta es una singularidad- supuesto de comunicación de hallazgos y oportunidad para comentarlos y aportar información de descargo (Ver: Nagu 3.60, E., Instructivo aprobado por R.C. N° 112.97-CG, del 20.6.1997). Este Informe constituye la base de

^[32] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar E. *La persecución penal de la corrupción política en el Perú*. Ob. cit., pp. 559, 560.

^[33] “El informe es un documento en el que el profesional de auditoría expone el alcance, naturaleza de su examen y expresa su opinión, como experto independiente, acerca de los estados financieros, operaciones o actividades que han sido objeto de exámenes. Los informes de auditoría en general, se elaboran de manera similar tanto en el caso de las empresas privadas o entidades públicas, ya que los principios de la auditoría en general son aceptados, son la base o fundamento que orienta el Informe de Auditoría y la actividad del auditor, sea independiente o gubernamental; no obstante, varía el procedimiento y su contenido, según la naturaleza del ente examinado y la finalidad del Informe”. ARIAS DE SALTARÍN, Lourdes. *Eficacia probatoria del Informe de Auditoría en el Proceso Penal*. Auditorías Forenses. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, p. 30

la imputación y del proceso penal, por lo que se agrega necesariamente a los autos y es un anexo obligatorio de la denuncia formalizada del Fiscal. Como es un informe pericial y, además, actuado por un órgano técnico del Estado legalmente habilitado para realizarlo- es más, único para hacerlo-; se trata de una pericia institucional u oficial”^[34]

Lo acotado ha convertido al Informe Especial en fuente y medio de prueba de singular importancia para la investigación preparatoria y el juicio oral, que tiene capacidad para determinar las afectaciones económicas al patrimonio público con sus consecuencias, penales, administrativas y patrimoniales.^[35]

Estamos ante un medio de prueba que tiene la calidad de prueba preconstituida, se trata de una prueba documentada o con reflejo documental que se forma con anterioridad o preexistencia al proceso, sin la intervención del Fiscal o del Juez de la investigación preparatoria, que practican los profesionales que laboran para la Contraloría General de la República cuyo valor probatorio tiene la calidad de *iuris tantum* y *erga omnes* a su contenido.^[36]

^[34] SAN MARTÍN CASTRO. *La persecución penal de la corrupción política en el Perú*. cit., pp. 563-564.

^[35] En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 3700-2005/Ucayali del 7 de diciembre de 2005 se señaló que el Informe Especial de la CGR es una pericia institucional pre procesal, que como tal debe valorarse, de suerte que es apta para enervar la presunción de inocencia; en igual sentido, la Ejecutoria de la Corte Supremo R.N. N° 1746-2006/Ucayali del 24 de julio de 2006 en la cual se señaló que tratándose del delito de peculado, en que se debe acreditar fehacientemente el acto de apropiación de utilización ilegal de caudales o efectos públicos, siempre en esa perspectiva de relación funcional específica entre el acto imputado y el ámbito funcional del encausado- que disponga de bienes públicos, haciéndolos suyos, que estaban bajo su poder por razones funcionales, que los aleje de las necesarias del servicio- estima imprescindible la realización de una pericia institucional-Informe Especial de la CGR, que debe ir anexo a la denuncia formalizada del fiscal cuando el órgano de control había intervenido en un concreto organismo público- o, en su defecto, de una pericia contable.

^[36] “La prueba preconstituida consiste en la realización del acto probatorio, también antes de la fase correspondiente del juicio, preconstituyendo su eficacia probatoria. La excepción se centra en la necesidad de cohonestar diversos intereses: por una parte, evitar la impunidad y los fines de la investigación, garantizando simul-

Finalmente, como se señala en el artículo 5.50 NAGU, el Informe Especial también puede contener otras pericias para justificar sus conclusiones y operaciones de auditoría. Estas, por consiguiente, también tienen el carácter de tales y se someten, en lo pertinente, a las mismas reglas antes esbozadas^[37], es decir, debe someterse a la necesaria contradicción durante el juicio oral.

- ii. Los hallazgos de auditoría.- Denominadas también como auditorías especiales o auditorías forenses. “Este tipo de auditoría consiste en el examen que se realiza en una empresa, organización, ente, área o actividad específica, respecto a la que se ha detectado la posible existencia de fraudes. En incontables ocasiones, es consecuencia de una auditoría. En materia gubernamental, cuando de una auditoría requerida por la empresa o institución del gobierno surgen irregularidades, la Administración procede a requerir una auditoría especial que consistirá, básicamente, en la presentación o examen de evidencias o elementos específicos relacionados con el hecho irregular, que servirán de guía para los fines consiguientes. Esta auditoría no implica un dictamen, ni conclusiones, ni opiniones. En el ámbito gubernamental presentará una conclusión solo cuando se desvirtúe la existencia de la supuesta irregularidad, caso en el cual la conclusión consistirá en una explicación razonada del auditor para expresar tal inexistencia. En ellas solamente deben expresarse los resultados del examen o investigación efectuada”.^[38]

táneamente que la prueba se practicará en juicio y con todas las garantías, articulando por otra, un remedio ante determinadas diligencias que siendo de imposible reproducción se han desarrollado en la etapa instructora sin observar muchas de las garantías de una actividad encaminada a enervar la presunción de inocencia. Se trata de evitar impunidad de los autores de un delito cuando la condena no sea respetuosa de las garantías constitucionales”. ARMENTA DEU, TERESA. *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, 2º ed, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 70.

[37] SAN MARTÍN CASTRO. *La persecución penal de la corrupción política en el Perú*. Ibidem, p. 565.

[38] ARIAS DE SALTARÍN, Lourdes. *Eficacia probatoria del Informe de Auditoría en el proceso penal*. Auditorías Forenses, Ob. cit., p. 40.

Este tipo de auditoría puede practicarse en materia financiera, operativa, etc. Se exige que deba ser objetivo y preciso, recogiendo en él los resultados de la investigación.

Las auditorías pueden ser efectuadas por un equipo de trabajo que incluye contadores y profesionales de otras material, que participen de acuerdo al marco de su conocimiento naturalmente, si lo investigado recae sobre transacciones o negocios que contengan registros de índole financiero y/o contable, la Contraloría designará contadores o economistas que sean idóneos para dirigir esta tarea o para que formen parte del equipo de trabajo. Distinto es el caso en que ninguno de los integrantes del equipo de auditoría fuera contable, pese a que la naturaleza de la actividad requiere de un contable.

Existen casos en los que puede bastar una evaluación técnica, no financiera o contable para probar el perjuicio, bastando que cuente con la capacidad de determinar un valor mayor al del precio del mercado, o que el bien adquirido no se entregó, o si se entregó este fue en calidad menor a la convenida, o si el peso no corresponde con los estándares establecidos en las bases, o que se compra un bien como si fuera nuevo, sin serlo, o si el bien adquirido no funciona por razones no imputables a la entidad licitante o por causal de fuerza mayor, etc. En todos estos casos "los hallazgos o resultados de las pericias o auditorías que se formulen deben ser concretos y específicos, evitando en todo momento ser genéricos".^[39]

De lo desarrollado concluimos que la calidad del informe o dictamen pericial la tendrá no solo aquellos redactados por los profesionales que laboran para la Fiscalía de Corrupción de Funcionarios, sino además los informes especiales, los hallazgos de auditoría, auditorías especiales o auditorías forenses, en tanto que cumplan con los estándares de calidad que establece el NAGU.

^[39] CASTILLO ALVA, José Luis. GARCÍA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*, cit, p. 210.

4. LA OBJETIVIDAD DEL PERITO

Se ha discutido sobre si la pericia elaborada por los peritos del Ministerio Público es más confiable que la desarrollada por el perito de la defensa, al respecto debemos decir, que el perito adscrito al Ministerio Público tiene como el perito que ejercita libremente la profesión, un deber común que es el de actuar con objetividad cuando realiza su pericia.^[40]

La objetividad no es sinónimo de imparcialidad^[41], pues tal concepto se aplica a los jueces y a los auxiliares jurisdiccionales, los fiscales tienen la calidad de parte, que es la misma que tiene la defensa del imputado. Debemos precisar que el concepto de parte al que hacemos alusión, es el referido a todos aquellos que intervienen en el proceso y que ocupan una situación distinta a la del Juez.

La calidad de parte se extiende a los peritos del Ministerio Público como a los peritos de parte, ambos se les exige que actúen con objetividad, es decir, que obren desvinculados de interés o creencias personales o institucionales, o subjetivos desarrollando la peritación sobre los datos y situaciones reales, los que deben ser analizados acorde al deber de lealtad que le impone su profesión y que comprende el deber de información veraz sobre la investigación cumplida y los conocimientos alcanzados, y el deber de no ocultar elemento alguno que a su juicio resulte trascendente para el peritaje, particularmente si no lo incorpora como variable a la técnica o procedimiento utilizado.

Como dice ALFARO “la aceptación del vocablo objetividad se refiere a la cualidad que permite apreciar objetos, en nuestro caso, hechos con independencia de la propia manera de pensar o sentir, en tanto

[40] “Lo objetivo se refiere a la cualidad que permite apreciar un objeto (una cosa) con independencia de la propia manera de pensar o sentir”. ANGULO ARANA, Pedro. *La Función del Fiscal*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 203.

[41] Señala DUCE y RIEGO, que “entender el contenido de este principio (objetividad) resulta equivalente o muy cercano al de imparcialidad, lo que impone a los fiscales la obligación de actuar como magistrados neutrales de persecución penal que investigan y agotan todas las hipótesis posibles de investigación, tanto para la persecución como para la defensa”. DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, *Introducción al nuevo sistema procesal penal. Volumen 1*, Universidad Diego Portales, Santiago 2002, p. 139.

que la imparcialidad supone la equidistancia que se toma respecto de dos partes (sujetos) en pugna. Es la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo que permite juzgar o proceder con rectitud".^[42]

De lo dicho se concluye que es un deber del perito ya sea que labore para el Ministerio Público o para la defensa realizar su labor sujetándose a los hechos, apreciar el valor de ésta y aplicar las técnicas o procedimientos que considere los adecuados al caso concreto.

5. CRITERIOS PARA DETERMINAR LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD DE LA TÉCNICA O MÉTODO EMPLEADO POR EN EL INFORME O DICTAMEN PERICIAL

La primera labor del juez respecto de la prueba pericial es determinar el grado de aceptabilidad del método, técnica o ciencia aplicada en el peritaje, para ello utiliza como método el científico intuitivo que tiene como herramientas las reglas de la lógica y de la experiencia.

Desde esta perspectiva, se requiere que exista una metodología que sistematice pautas o estándares de trabajo, criterios y normas de actuación, que en conjunto otorgan rigor técnico o científico a la pericia.

Estas pautas se aplican por igual al peritaje de oficio o de parte. Para ambos se exige el mismo nivel de profesionalismo, que se traduce en la calidad de los instrumentos con los que realiza su labor.

Importante resaltar que el juez realiza una labor de control sobre los conocimientos aplicados, excluyendo aquellos cuyos resultados descansen sobre una ejecución técnicamente deficiente o que se proyecten sobre bases no definidas o indeterminadas, o cuando se utilice procedimientos deficientes o no especificados o cuando se utiliza un método de análisis desfasado, o se utiliza un método de análisis cuyo grado de aceptación técnica o científica ha sido cuestionado por la comunidad científica; o porque la mayoría de las leyes sobre

^[42] ALFARO, Vanesa S. "El criterio de objetividad como exigencia a la actuación del Ministerio Público Fiscal". EN: La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal- III. Coordinado por FALCONE Roberto A; PÉREZ MARTÍN, María Ángeles; ALBEROS, Nicolás. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 370.

las que descansan son de naturaleza estadística y por consiguiente arrojan probabilísticos variables. Estos elementos deben ser expuestos como producto del debate contradictorio y ser objeto de valoración con la sentencia.

Ahora bien, el dictamen pericial no comporta una mera opinión científica o técnica, sino la aplicación de los criterios o principios que regulan el conocimiento del perito y que son aplicados a un espectro de la realidad, delimitado a un espacio, tiempo y circunstancias en atención al objetivo procesal concreto que se pretende obtener.

En este contexto se exige que la pericia esté motivada. GIANFORMAGGIO dice que motivar "significa justificar y justificar significa, justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en línea de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control".^[43] La motivación obliga al perito a justificar los criterios, técnicas usadas y las conclusiones a las que ha arribado.

La motivación permite comprobar que la actividad pericial ha sido legítima, cuando esta comporta un cause formal y material. Es formal cuando el peritaje se materializa como producto de un determinado procedimiento. Es material cuando el contenido de la pericia está justificado en base a la aplicación de una ciencia, disciplina o técnica que forme parte del sistema de conocimientos vigentes que corresponda aplicar al caso en concreto, y de las cuales se pueda identificar cual ha sido el juicio lógico que fundado en criterios técnicos o científicos se ha aplicado racionalmente.

De este modo, "los dictámenes periciales deben suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen su convicción sobre la materia en que se expiden (...). Deben exponerse las diligencias practicadas y las opiniones que a los facultativos firmantes del dictamen les merezcan los hechos, expresando el razonamiento que fundamente la opinión técnica a que lleguen, conforme a los principios y leyes cientí-

[43] GIANFORMAGGIO, L. "Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico". EN: la teoria generale dell diritto. Problemi e tendenza attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio. U Scarpelli editor. Edizioni Di Comunita, Milan, 1983, p. 136.

ficas, de modo que sirvan al juzgador para apreciar las consecuencias de orden jurídico procesal".^[44]

Un estándar de calidad probatorio o estándar de prueba (convicción) supone "criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea los criterios que indican cuándo está justificado como verdadera la hipótesis que lo describe".^[45]

Desde esta perspectiva, "no se le puede pedir al juez que posea una ciencia igual o superior al del científico; debemos contentarnos con que el juez controle, adecuadamente, el *grado de aceptabilidad* conforme al del conocimiento común, *de los nuevos métodos científicos*, o bien la racionalidad del procedimiento y conclusiones seguidas y que aporta el científico, *única manera de que se satisfaga con la lente jurídica* los modos de control que posee la opinión pública frente a ese cometido"^[46].

Es una obligación del juez el asegurarse que la pericia que se introduce en el proceso, como medio de prueba para la fijación de hechos, responda efectivamente a cánones de validez científica^[47] o técnica, que están relacionados con la controlabilidad, refutabilidad empírica y aceptación o credibilidad mayoritaria de la comunidad científica.

Para cumplir con este un estándar de calidad probatorio el juez requiere saber qué conocimientos presuntamente científicos o técnicos

^[44] WITTHAUS, Rodolfo E. *Prueba Pericial*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, pp. 57-58.

^[45] GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos". EN: Revista Doxa Nº 28, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Madrid, 2008, p. 129.

^[46] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1993. p. 463.

^[47] La validez es la correlación entre los resultados hallados luego de aplicarse un método o procedimiento científico o técnico con los resultados obtenidos por los mismos sujetos en otras mediciones realizadas simultáneamente o con posterioridad. Para establecer la validez se usa la siguiente técnica: i) calificación con los diferentes resultados obtenidos; ii) incremento del porcentaje de éxito en relación a otros métodos o procedimientos ya existentes; iii) análisis de las diferencias entre los resultados. Todos estos factores son determinantes a la hora de justificar su aceptación.

están dotados de validez, para ello se requiere determinar si la calidad de ciencia o técnica empleada es racional y objetivo.

“Por conocimiento racional se entiende: a) que está constituido por conceptos, juicios y raciocinios y no por sensaciones, imágenes, pautas de conducta, etc. (...). Por tanto, el punto de partida como el punto final de su trabajo son ideas; b) que esas ideas pueden combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas con el fin de producir nuevas ideas (inferencia deductiva). Estas no son enteramente nuevas desde un punto de vista estrictamente lógico, puesto que están implicadas por las premisas de la deducción; pero no gnoseológicamente nuevas en la medida en que expresan conocimientos de los que no se tenía conciencia antes de efectuarse la deducción; c) que esas ideas no se amontonan caóticamente o, simplemente, en forma cronológica, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones (teorías). Que el conocimiento científico de la realidad es objetivo, significa: a) que concuerda aproximadamente con su objeto; vale decir que busca alcanzar la verdad fáctica; b) que verifica la adaptación de las ideas a los hechos recurriendo a un comercio peculiar con los hechos (observación y experimento), intercambio que es controlable y hasta cierto punto reproducible. Ambos rasgos de la ciencia fáctica, la racionalidad y la objetividad, están íntimamente soldados”^[48].

Estos criterios genéricos son los que se deben de emplear para áreas del saber no reconocidas de forma uniforme como ciencias exactas, que son necesarias o cuando menos útiles para un acercamiento probatorio correcto del objeto del proceso o cuando menos de algún elemento que forma parte del hecho procesal.

Se suma a estos criterios, aquellos relacionados con las opiniones que los peritos aportan en la audiencia en donde se les examina, como dice IGARTUA SALAVERRÍA “lo relevante en la valoración de lo que declara el perito o el experto; no es el gesto, la rotundidad o la expresión facial del declarante sino la corrección de sus conclusiones (...) cual

^[48] BUNGE, Mario. *La ciencia, su método y su filosofía*. Editorial Siglo XXI, México, 1978, p. 10.

tampoco puede fundarse como en cambio acontece en la valoración del testimonio en la genuinidad y atendibilidad del recuerdo sino sobre la confutabilidad de la declaración en términos rigurosamente científicos, (lo cual explica la previsión legal de que el juez pueda auxiliarse de un perito de oficio, cosa que no ocurre cuando de la valoración de un testimonio se trata).^[49]

Es decir, que la credibilidad de un experto dependerá fundamentalmente de la fiabilidad de su informe, pero también el juez deberá estar convencido de que la persona tiene conocimiento, habilidad, entrenamiento o la educación suficientes para cumplir los requisitos de un experto en el campo científico o técnico respecto del cual elaboro la pericia. Es importante contextualizar el concepto de credibilidad^[50], no como sinónimo de verdad, sino como una cantidad de hechos: psicológicos y comunicativos percibidos mediante los sentidos de las cualidades y calidades personales y profesionales del perito.

El testimonio del experto habitualmente adopta una de las formas siguientes: (a) una opinión, (b) una respuesta a una pregunta hipotética, (c) una disertación con información sobre un tema pertinente, o (d) una combinación de las anteriores. Para determinar estos factores se requiere realizar mínimamente las siguientes preguntas:

- i. Al formular una opinión, ¿Se consideró todos los hechos relevantes?
- ii. ¿Cuánta confianza se puede atribuir a los hechos en los cuales se basa la opinión del perito?
- iii. ¿El perito tiene el conocimiento adecuado sobre los principios técnicos y científicos sobre los que versa su pericia?

^[49] IGARTUA SALAVERRIA, Juan. "Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)". En: Revista: La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación Madrid, 2007, p. 2.

^[50] La credibilidad es la cualidad transmitida comunicativamente de una afirmación (declaración) acerca de la realidad (percibida subjetivamente) a la vez, pretende, ella misma, constituir la realidad". "Análisis de credibilidad y valoración de la prueba. Acerca de la carga de la "función específica". FISCHER THOMAS. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2011, fascículo 9, p. 1529.

- iv. ¿Son los principios o teorías en los cuales se basa el experto generalmente aceptados como confiables por los expertos en el área?
- v. ¿Empleó el perito métodos de evaluación apropiados?
- vi. ¿Defiende satisfactoriamente el perito las inferencias y conclusiones obtenidas?
- vii. ¿Es el perito razonablemente objetivo?

En el análisis final, la pregunta importante que debe hacerse el juez, es si la opinión del perito es lógica, coherente, objetiva, se puede explicar por sí misma y se puede defender. El valor de la opinión del experto depende de las respuestas a estas preguntas.

6. VALORACIÓN DE LA PERICIA

“La formación de la convicción judicial sobre los hechos es un suceso complejo cuyos elementos interdependientes se componen de afirmaciones de probabilidades no cuantificables”.^[51]

La formación de la convicción judicial tiene como primer nivel la valoración de lo percibido (visto y oído) en el juicio oral. La valoración probatoria, denominada apreciación conjunta de la prueba o apreciación probatoria, constituye una operación intelectual por la que el juzgador examina y otorga importancia a los medios de prueba.

CABAÑAS GARCÍA señala que “la valoración de las pruebas (es) una actividad que se manifiesta en diversos estadios del proceso y que desemboca en la declaración de certeza positiva o negativa acerca de la realidad de acontecimientos”.^[52] Esta declaración sobre lo que aconteció en un espacio temporal pasado se fundamenta en un grado

^[51] GOLLWITZER ZUM, Walter. Verfassungsrecht - Menschenrechte - Strafrecht. Citado por BACIPALUPO ZAPATER, Enrique. *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 28.

^[52] CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Editorial Trivium S.A., Madrid, 1992, p. 55.

de confirmación que hace aceptable la hipótesis propuesta, en mayor medida que otras que posiblemente puedan plantearse.

Esto es lo que TARUFFO denomina grado de aceptabilidad. “el grado de aceptabilidad de la prueba se determina mediante una serie de presupuestos y de inferencias realizadas por el sujeto que utiliza la prueba sobre la base de las cuales establece el grado de credibilidad racional de la proposición que constituye el elemento de prueba”.^[53]

Para BUSTAMANTE RÚA, “la valoración es un juicio de aceptabilidad de los enunciados fácticos aportados en los resultados probatorios; y estos se consideran aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente y mayores que cualquier otro enunciado alternativo; sobre los mismos hechos, en otras palabras, la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre diversas reconstrucciones posibles de los hechos; por ello, los esquemas de valoración racional son necesariamente esquemas probabilísticos”.^[54]

El juicio de valor que asume el juez es una valoración jurídica o axiológica, que sin embargo tiene un contenido convictivo. El Tribunal Constitucional español señala que “la convicción, que a través de la inmediación forma el tribunal de la prueba directa practicada en su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación”.^[55]

“La valoración judicial de las pruebas culmina el *iter* procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad y producción-adquisición, pero todos esos desarrollos están prefigurados sin excepción por la estricta observancia del contradictorio entre las partes. De ahí que los controles tendientes a evitar su infracción o menoscabo no se limiten a verificar la fundamentación del propio decisorio (criterios de

^[53] TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*. Segunda Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 260-261.

^[54] BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. “El estándar de la duda razonable y la presunción de inocencia”. EN: *La prueba y la decisión judicial*. V.V.A.A. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010, pp. 192, 193.

^[55] Tribunal Constitucional Español, sentencia del 12 de febrero de 1993. FJ. 5.

racionalidad), sino que se articulan y operan como técnicas normativas en los estadios anteriores de la admisibilidad y de los procedimientos de formación de las pruebas, en buena parte dirigidos a garantizar *in itinere* su atendibilidad”.^[56]

Ahora bien, la valoración culmina en un proceso mental denominado convicción, que se refiere a los mecanismos psicológicos de valoración de prueba, que no admiten flexibilizaciones o degradaciones. Cuando se trata de pericias, la valoración no se circunscribe a la cantidad de medios de prueba actuados, sino a la calidad de la información que estos postulan, la dinámica de producción y actuación probatoria exige mayor fiscalización (bilateralidad) que el control facultativo que puede realizar el juez.

7. PARÁMETROS PARA ALCANZAR CONVICCIÓN SOBRE LA PERICIA MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE

En el procedimiento penal suele afincar la cuestión en resolver *más allá de toda duda razonable*, que por su cercanía con la exigencia de convicción plena que se pide para el uso de la prueba científica puede tener íntima relación.

El estándar a verificar se analiza con la regla del medio apropiado que corresponda según la ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos. Estamos pues ante un estándar que se expresa como en una cantidad objetiva de prueba, un *quantum* de prueba exigible o cuando menos es estándar de prueba que contenga un grado de probabilidad muy calificada.

Así, el sistema de libre valoración de la prueba en materia penal se sustenta en lo que se denomina prueba más allá de toda duda razonable, se trata de un concepto que corresponde “(...) a una exigencia moral y política, según la cual una sentencia de condena debe ser admitida solo cuando hay certeza de la culpabilidad del imputado, aunque esta exigencia no sea traducible en determinaciones analíticas del grado de prueba correspondiente (...). El criterio de más allá de toda duda

^[56] BERIZONCE, Roberto Omar, “Control judicial de la prueba científica”. EN: Revista de Derecho Procesal, 2005-2, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, p. 157 y ss

razonable puede ser superado solo donde la conexión entre una causa y un efecto esté contemplado en una ley de naturaleza deductiva o casi deductiva y cuya aplicación permita atribuir determinado y suficiente grado de certeza".^[57]

Por tanto el juez, al valorar el informe pericial, no solo se circunscribe al contenido de ella, que incorpora como criterios de valoración complementarios lo declarado por el perito, las respuestas a las interrogantes de la partes, de ser el caso las otras pericias que han sido objeto de debate, la confrontación entre peritos, etc. Desde esta perspectiva se analiza:

a) La percepción sobre la coherencia interna de la pericia y la motivación de la percepción.

i. La percepción, es aquello que se capta a través de los sentidos y que, por consiguiente, condiciona lo que se entiende de un determinado fenómeno, siendo importante el nivel de información que posea al respecto y la experiencia vivida en relación con el mismo. La percepción sobre la pericia científica debe recaer sobre su coherencia e inteligibilidad, además no debe resultar contradictorio entre sus diversos extremos.

■ Coherencia supone que entre los diversos elementos que forman parte del dictamen pericial no existen elementos incompatibles entre sí.

La coherencia se refiere además a la contextualización del relato del perito sobre el método, técnica o procedimiento utilizado,

■ La inteligibilidad se refiere a las condiciones en que el dictamen transmite sus procedimientos, ideas y conclusiones. A mayor grado de claridad mayor probabilidad de que el dictamen supere el test de rendimiento y por tanto sea creí-

^[57] TARUFFO, MICHELLE. "El conocimiento científico y estándares de prueba judicial". Ob. cit., pp. 32-34.

ble; en contrasentido, a menor grado de explicación del dictamen este puede acabar siendo confuso, oscuro, absurdo, arbitrario o ilógico.

- ii. La valoración de esta percepción es personal. Cuando se habla del medio ambiente, los valores constituyen una indicación de cómo la gente cree que deberían ser las relaciones y las influencias mutuas entre los sistemas humanos y los sistemas naturales físicos.

El valor se caracteriza por su polaridad (gran estima o gran rechazo), por su grado (lo que se experimenta o vive en diversa intensidad y por su jerarquía superior e inferior). Los valores obtenidos entre lo que hemos *percibido* y la *valoración* que se le otorga a la representación se combinan para obtener un *posicionamiento personal* que se denomina *actitud*, se trata de manifestaciones de la voluntad que orientan la acción en uno u otro sentido.

La actitud constituye una postura expresiva que corresponde a una cierta disposición anímica. Puede considerarse la como cierta forma de motivación social que impulsa y orienta la acción hacia determinados objetivos y metas.

Estas valoraciones que se ponen en juego al emitir juicios, son considerablemente diferentes según la persona, los individuos o los grupos, la actitud cambia en función del conocimiento acerca de la temática y la valoración que le otorga a la misma el grupo social al que se pertenece.

- b) Las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos.

- i. Los principios de la lógica.- Cuando se habla de los principios de la lógica formal, se piensa en la noción de razón, que es aquel elemento que vincula el dato de hecho con la máxima de la experiencia para alcanzar el concepto final.

Estos implican un procedimiento racional que parte de lo conocido a lo desconocido, conduciendo al juez a analizar

su propio pensamiento a través de la inducción^[58] y obtener así la idea correcta del asunto a discusión. Se ha sostenido que la lógica aplicada al indicio es de naturaleza inductiva, es decir, a través de la relación establecida entre hechos conocidos y desconocidos, pero también sostenemos que es de naturaleza deductiva, en tanto existe un procedimiento a través del cual se establece dicha vinculación. De este modo "la lógica tratara de explicar lo correcto de la inferencia y será la que le otorgue a la prueba capacidad de convicción".^[59]

Las reglas de la lógica se desarrolla en dos momentos: 1) la acreditación objetiva del dato fáctico, esto es que su determinación como un hecho ocurrido en el pasado del cual se tiene certeza o verosimilitud de su existencia de forma incontrovertible, 2) la aplicación al dato fáctico de las reglas de la ciencia o de la experiencia para deducir el elemento probatorio sobre otro hecho y comprobar su eficacia probatoria.

- ii. Las máximas de la experiencia.- Se refieren al conocimiento del hombre común, en otras palabras, son aquellos principios abstractos conocidos y aplicados en determinada zona cultural, que sirven para verificar la prueba y que contribuyen a formar el criterio del juzgador.

Corresponde a una pluralidad de hechos concretos. Dicha pluralidad se eleva a reglas de experiencia cuando el índice de repeticiones nos permite prever qué supuestos de la mismas características se producirán reiteradamente de igual forma".^[60]

[58] "La existencia de los elementos del tipo legal analizada debe ser inferida- a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de experiencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas- de los datos externos y objetivos acreditados (...)". Acuerdo Plenario N° 3-2010, Lima, 16 de noviembre de 2010, párrafo 33.

[59] MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. "La prueba indiciaria". EN: La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales N° 12, Madrid, 1993, p. 60.

[60] STEIN, FRIEDRICH. *El Conocimiento Privado del Juez*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1990, p. 28.

Agrega CHAÍJA que “las máximas de experiencia son reglas de apreciación que se comportan como juicios hipotéticos y abstractos de contenido general, no vinculados a las particularidades del caso, ni siquiera a las circunstancias que lo rodean. Son premisas o definiciones autónomas obtenidas de la observación y experiencia social, lo que permite aplicar sus conclusiones a casos similares con presupuestos fácticos compartidos”.^[61]

El límite de *las máximas de la experiencia* está en los conocimiento científicos, que pueden ser entendidos como todo aquel bagaje técnico o científico de comprobado resultado, que permite inferir al juzgador una respuesta clara respecto de lo que es objeto de prueba. De esta forma “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligado de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos” (...) “Por lo tanto, las máximas de la experiencia no son nunca juicios sensoriales: no corresponden a ningún suceso concreto perceptible por los sentidos. De esta manera no pueden nunca ser probadas por la mera comunicación de sensaciones”^[62].

La racionalidad está siempre presente, con la comprensión que la regla de la sana crítica no se encuentra afectada; pero es menester ajustar el calibre de la prueba científica ante la calificada conclusión de sus trabajos sobre las cosas, las personas y los hechos.

Como dice MORELLO “dando en todos los casos motivación razonable y plausible, embretado el juez por líneas maestras que se dibujan en este esquema: 1) si los hechos, científicamente (o técnicamente) establecidos, no son contradichos o impugnados, vendrán a

^[61] CHAÍJA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 67.

^[62] STEIN, FRIEDRICH. *El Conocimiento Privado del Juez*. Ob. cit., pp. 19-22.

ser determinantes y, virtualmente, vinculante para los jueces; 2) estos deben valorar razonablemente dichas pruebas, en relación con las restantes, reconociendo, si correspondiere, el valor de prueba científica; y cuando se expida por el rechazo o la devaluación, esa decisión se sustentará en razones existentes y de entidad que así los justifiquen. Empero, será siempre el juez el que expresará la última palabra sobre la procedencia y el mérito de la prueba científica, porque solo él es quien juzga y decide”^[63].

“El juez debe valorar cada prueba en función de todas las demás, conociendo igualmente la relación e interconexión existente entre ellas. Lo que en ningún caso quiere decir que el juez puede omitir el análisis de las pruebas en las que base su criterio, porque no es constitucionalmente justificable en virtud del derecho a la sentencia motivada”.^[64]

Este criterio se sustenta en la apreciación conjunta de los medios de prueba. Empecemos por puntualizar que la apreciación conjunta no es rechazable en todos los casos; en algunos dice Montero Aroca es necesaria:

- 1) Cuando varios medios de prueba se complementan entre sí o, incluso cuando el resultado de unos inciden en el resultado de otros. Ello puede suceder cuando existen varios testigos que declaran sobre un mismo hecho o cuando existen declaraciones testificales y documentos privados no reconocidos.
- 2) Cuando existen pruebas cuyos resultados son contradictorios, pero teniendo siempre en cuenta que la contradicción ha de producirse entre pruebas que deban apreciarse en el mismo sistema:
 - i. Cabe así que ante medios de prueba que se aprecian libremente por ejemplo, declaraciones testificales contradictorias (o entre declaraciones testificales y dictámenes pericia-

^[63] MORELLO, AUGUSTO. “La prueba científica”. EN: La Ley, 1999-C, p. 899.

^[64] OVEJERO PUENTE, Ana María. *Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2005, pp. 136-137.

les contrapuestos), el juez tenga que apreciar en conjunto unas y otras para llegar al convencimiento que fuere.

- ii. De la misma manera es posible la apreciación conjunta cuando la contradicción se produce entre medios de prueba de apreciación legal, pues entonces la aplicación de las dos reglas al mismo tiempo es imposible (como sería el caso del interrogatorio de varios demandados que, aun admitiendo hechos que les son perjudiciales, dijeran cosas contrapuestas).

“La apreciación conjunta es inadmisibile cuando la contradicción se produce entre medios de prueba que se aprecian por los dos sistemas, pues entonces lo que podría hacerse es desconocer las reglas legales, las cuales deben prevalecer sobre la prueba de libre apreciación. Si el resultado de una prueba legal quedara involucrado en una apreciación conjunta con pruebas libres, podría significar simplemente desconocer la prueba legal”.^[65]

^[65] MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil y penal y garantía*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 100.

LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN JUICIO

Nayko Techy Coronado Salazar()*

(*) Juez del Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

La práctica judicial en nuestro Sistema Procesal Penal (Código Procesal Penal de 2004, en adelante CPP), ha llevado a asumir el acto procesal de la declaración del acusado en juicio, con una serie de matices en su contenido, lo que nos permite iniciar el presente artículo preguntándonos: ¿la declaración del acusado en juicio es equiparable a una declaración testimonial? Por tanto ¿debe haber un interrogatorio directo y un contrainterrogatorio, lo que pueda incluso permitir un reordenamiento del agente que deba empezar y el que deba culminar el interrogatorio? Al respecto, si bien la norma procesal penal vigente, esboza en su estructura lineamientos claros sobre la forma como debe conducirse la declaración del acusado en Juicio (artículo 376°, concordado con el 88°, del CPP), no obstante a ello, surgen en la práctica judicial, no sólo desde la perspectiva del juzgador sino también desde la postura acusatoria y de la defensiva, una serie de aspectos que no permiten uniformizar la identidad de este acto procesal, que por cierto se viene afianzando con el transcurrir de los años en nuestro nuevo Sistema Procesal Penal. El propósito de abordar esta temática es incorporar un aporte desde la perspectiva práctico jurídico procesal a la luz de los preceptos y principios normativos recogidos en nuestra legislación procesal, para la consolidación uniforme de su tratamiento tan poco abordado en la literatura jurídica sobre litigación oral que ubica sus mayores esfuerzos en el contradictorio respecto al interrogatorio de los órganos de prueba como testigos y peritos, así como en la oralización de prueba documental.

Dedico este artículo a mis apreciados colegas Orlando Abril Paredes y José Arce Villafuerte, magistrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con quienes compartí largas jornadas de trabajo que permitieron afianzar las ideas que hoy se esbozan.

2. ¿MEDIO DE DEFENSA, MEDIO DE PRUEBA O MEDIO DE INFORMACIÓN REFERENCIAL?

Cómo considerar la declaración del acusado en juicio, desde la óptica doctrinal sigue siendo aún materia de discusión, así encontramos diversas posturas desde las que resaltan que dicha declaración constituye un medio de defensa^[1], pasando por las que comprenden una mixtura de aquella con la acepción de medio de prueba^[2], y llegando a las que resaltan su naturaleza como esta última^[3].

[1] Gómez Orbaneja, citado por César San Martín Castro, señala: "(...) en la medida en que el acusado es sujeto del proceso, este no está obligado a declarar, aunque sí a comparecer, y su interrogatorio no es -siguiendo a Beling- un verdadero interrogatorio, sino más bien un permiso para interrogarlo, la declaración del acusado constituye un *medio de defensa*, una ocasión que la ley le da de tomar posición frente a la acusación y las pruebas de que ésta se valga, y no un medio de fijar objetivamente la verdad" SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho procesal penal*, Vol. II, 2ª ed, Lima, Grijley-Lima, 2003, p. 832.

[2] Claus Roxin señala: "El imputado no es únicamente sujeto del proceso, esto es, interviniente en el procedimiento con derechos procesales autónomos, sino también, medio de prueba. En ello hay que diferenciar: 1. Las declaraciones del imputado y su comportamiento en el juicio oral juegan, sin lugar a dudas, un importante papel para la formación de la sentencia del tribunal. Por supuesto es posible que una sentencia se base exclusivamente en la declaración del imputado, por ejemplo, en su confesión. A pesar de ello, el imputado no es medio de prueba en sentido técnico, como lo es el testigo; el imputado *no puede ser obligado a declarar como testigo contra sí mismo o a declararse culpable*. 2. El imputado únicamente es medio de prueba en sentido técnico, siempre que sea examinado en relación a su estado psíquico o corporal, cuando se toma radiografías o huellas digitales de él, etc., así como cuando se lo confronta con un testigo" ROXIN, C. *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2004, p. 208.

[3] Julio B.J. Maier señala: "El imputado como órgano de prueba. Cabe esperar que la persona a quien se persigue penalmente sea una de aquellas que más conoce sobre el acontecimiento que se investiga objeto del procedimiento. En el procedimiento penal, se trata siempre de la imputación de un comportamiento humano, propio del imputado, acerca del cual nadie mejor que él conoce si la afirmación es cierta o incierta. Por lo demás, si la imputación es cierta, al menos parcialmente,

Por nuestra parte, consideramos que la declaración del acusado en juicio desde su perspectiva abstracta, tiene una doble naturaleza, de ser un *medio de defensa* por antonomasia y un *medio de información referencial* que aporta un sentido positivo o negativo a la comunidad probatoria a partir de su contrastación con la información incorporada a juicio.

Si se considerara la declaración del acusado solo como un medio de defensa, lo expresado por el acusado respecto a los cargos penales, sometido o no al interrogatorio, no podría ser tomado en cuenta por el juzgador en relación a aspectos de los hechos imputados descritos por el mismo, que le sean desfavorables a su situación de defensa, lo que ciertamente limitaría el análisis del juzgador para la decisión final del caso.

Por otro lado, si se considerara la declaración del acusado en juicio, como medio probatorio por sí mismo, implicaría dársele un tratamiento equiparable al de un órgano de prueba como el testigo, respecto a su "testimonio", lo que tergiversaría su real naturaleza, pues por ejemplo en caso de no ser "desacreditado" tendría que validarse la información proporcionada como tal y transformarse en un medio de prueba.

Una situación diferente se da en dos supuestos: (i) uno primero^a cuando en la declaración del acusado se produce la figura de la confesión; dicha declaración con aceptación de cargos de por medio se torna en un medio de prueba, conforme así lo reconoce la norma adjetiva (artículo 160° del CPP); (ii) el segundo, cuando en un diferente acto al de la declaración del acusado en juicio, la información vertida en la misma se torna en un medio de prueba, en tanto es sometida al careo con otro agente como un testigo, agraviado o coacusado; es decir, la valoración de información primigeniamente tratada en la doble naturaleza antes esgrimida (medio de defensa y medio de información

él es el mejor medio de información con que se cuenta, y, si es errónea, nadie mejor que él para desbaratarla." MAIER, J.B. *Derecho procesal penal*, I, *Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires 2004, p. 664.

referencial) se traduce en información netamente probatoria, esto es, como medio probatorio.

Así, siguiendo lo postulado en el presente artículo, se tiene que lo declarado por el acusado en juicio sea desde su perspectiva personal como aspectos de carga familiar, estudios cursados, registro o no de sanciones, carencias sociales o económicas, entre otros; o desde la perspectiva fáctica, en relación a la posición de descargo en el cual se describa actos, situaciones, eventos, entre otros; tomados en cuenta en conjunción como medio de defensa en puridad y como medio de información referencial, deberá complementarse para su valoración con toda la información probatoria incorporada a juicio, plasmada finalmente en la decisión del caso.

Para una mejor ilustración sobre el tema, citemos un ejemplo minimizado en comparación a toda una declaración: "yo no lo golpeé ni vi la agresión al agraviado, solo escuché que alguien gritaba". La primera parte de la respuesta se ubica en la línea de descargo (medio de defensa) negando implícitamente la imputación por el delito de lesiones y su vinculación visual sobre la ocurrencia precisa del evento, mas en la segunda parte de su respuesta, sobre los gritos que escuchó de una persona, es una información (medio de información referencial) que debe ser contrastada (salvo que no se niegue que el agraviado gritaba al momento de los hechos) con el colectivo de información probatoria, que incluso podría constituir un elemento indiciario respecto a la presencia del acusado en un mismo contexto situacional de los hechos, o simplemente -por el contrario- su paso por el lugar como un agente ajeno al evento.

En conclusión, la declaración del acusado en juicio, desde una perspectiva abstracta, debe ser asumida desde una doble connotación, tanto como medio de defensa, según corresponda, como un medio de información referencial, también según corresponda; teniéndose que esta última connotación debe ser conjugada, contrastada, corroborada o descartada con aquella incorporada en el colectivo de medios probatorios, sea en sentido positivo o negativo a la situación del acusado, esto último por cierto es un riesgo asumido por el mismo y su defensa técnica desde el momento que expresa su decisión de declarar en juicio. Hay que considerar que desde una perspectiva concreta, la doble

naturaleza de la declaración del acusado antes mencionada se ubica en constante movimiento, presentándose un baremo de diversos grados entre una y otra, dependiendo de la situación particular.

3. EL DERECHO A DECLARAR (SER OÍDO) Y EL DERECHO A NO DECLARAR (GUARDAR SILENCIO)

Ambos derechos ubicados en una misma línea respecto a la decisión libre y voluntaria del acusado de declarar o no declarar en juicio, tienen sus respectivos efectos. En caso del primero, que corresponde a declarar en juicio y someterse al interrogatorio de las partes, conlleva a considerarse el contenido de lo depuesto como un medio de defensa y un medio de información referencial, que como ya hemos abordado constituye un riesgo (positivo o negativo) asumido por la parte defensiva; y en el segundo caso, de no declarar o guardar silencio frente a los cargos imputados, tiene un efecto neutral, es decir, no puede ser considerado como un aspecto en contra o a favor de la situación del acusado.

En la norma adjetiva se distingue de forma clara que si el acusado expresa su decisión de declarar lo hará en un orden predeterminado por la norma, como ser el primer acto procesal de la actividad probatoria (artículo 375.1° del CPP), aunque ciertamente aquello debe ser concordado con no limitársele el derecho a ser oído en cualquier estado del juicio (artículo 371.3° del CPP), para lo cual el Juzgador debe actuar con buen criterio. Así, por ejemplo, si el acusado asistido por su abogado defensor, expresa que va a declarar en Juicio, pero que lo hará antes de finalizar la actividad probatoria o luego de determinado órgano de prueba, no habría que negarle tal opción; por el contrario una decisión no adecuada del Juzgador sería señalarle que si no declara en primer orden, antes que los testigos o peritos, no se tomará en cuenta su declaración como tal. Asimismo, el tratamiento de la forma como debe ser examinado en Juicio por las partes está descrito en el artículo 376° del CPP. Es de mencionar que respecto a los efectos de una decisión de no declarar en Juicio, la norma procesal no precisa la forma de consecución del procedimiento (artículo 371° del CPP), sin embargo, ello no obsta a que se efectúe una interpretación de la norma, en un sentido de favorabilidad.

Así, un primer aspecto en cuestión es si el acusado puede señalar una tercera opción (diferente a expresar que declarará o guardará silencio), nos referimos a que si el acusado asistido por su defensa, señala que se "reserva" el derecho a declarar o no en juicio. Si bien la norma procesal no precisa esta tercera posibilidad, sin embargo el propio artículo 371° del CPP señala en su contenido: "El acusado en cualquier estado del juicio podrá solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar *si anteriormente se hubiera abstenido*". La norma habilita comprender una situación de abstención o reserva de la decisión, que para efectos de tenerse un límite en el caso de optarse por declarar, debe ser entendida hasta antes de finalizar la actividad probatoria, y ello es así en tanto que durante dicho estadio procedimental, las partes tienen el derecho de interrogar al acusado y ser sometido al contradictorio, mas luego de aquél (al darse por terminada la actividad probatoria) lo que pueda expresar el acusado solo será en un sentido de auto defensa, pues la posibilidad de los interrogatorios precluyó con la actividad probatoria.

Un segundo aspecto en cuestión, se da por la lectura de la declaración previa del acusado en juicio, tal como lo habilita la norma procesal. El punto problemático se grafica con la siguiente interrogante: ¿es suficiente que el acusado exprese que ejercerá su derecho a guardar silencio o a no declarar, para que se dé lectura a su declaración previa? Para verificar esta situación, nos remitiremos a la norma procesal que conlleva a formular el tipo de pregunta anteriormente esbozada: "Artículo 376°. Declaración del acusado.- 1. Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal." Una respuesta positiva a la pregunta anteriormente formulada nos llevaría a una situación como esta: que en un juicio se lea una declaración escrita dada por el acusado en etapa anterior, cuando aquel estando presente en la audiencia ha negado los cargos y ha expresado su elección de no declarar en juicio acogiéndose a su derecho de guardar silencio. Es decir, se le da la libertad de elegir si declara o no (conforme a los derechos puestos a su conocimiento a inicio del juicio), y en caso elija no declarar, igual, se introducirá su declaración escrita; entonces aquello aparece como un contrasentido. La interpretación que consideramos adecuada respecto a dicha norma

procesal, se da a partir de su título: "376°. Declaración del acusado", esto es, se parte que el acusado ha señalado que declarará y por ende se someterá al interrogatorio de las partes, y es a partir de dicha decisión expresada en juicio, que tiene real sentido un acto de "rehusamiento" a declarar conforme lo cita el artículo 376.1° del CPP, de lo contrario, se estaría poniendo en el mismo nivel a un derecho (como guardar silencio o ser oído) frente a un acto de reticencia o resistencia ante una decisión positiva de declarar expresada frente a todos los actores. Es en este segundo supuesto, que se habilita la lectura de la declaración previa del acusado, así encontramos algunos ejemplos:

- El caso de un acusado que se manifiesta por declarar en juicio, y en pleno acto de declaración, luego de expresarse de forma libre respecto a los cargos, señalar que no va a responder a pregunta alguna que le formule el representante del Ministerio Público ni ningún otro actor (rehusamiento total).
- El caso de un acusado que se manifiesta por declarar en juicio, y en pleno acto de declaración, responde a algunas preguntas y a otras no de la contraparte (rehusamiento parcial).
- El caso de un acusado que se manifiesta por declarar en Juicio, expresando que lo hará antes de culminar la actividad probatoria, siendo que para dicho acto, el mismo no se encontrare o se ausentare, por lo que dicha situación debe ser entendida como un rehusamiento, que habilite la lectura de su declaración previa.

En consecuencia, se presenta efectos diferenciados en cuanto a la decisión libre, voluntaria y asistida, de declarar o no declarar en Juicio, por parte del acusado. Es menester señalar que aquella elección es el resultado de una previa verificación que hace la defensa, de la situación de su patrocinado y su vinculación con el tema probatorio respecto a los medios admitidos para su actuación a juicio (v.g. puede asumirse una línea de defensa negativa, positiva o de refutación, según sea el caso, y a partir de ella, ubicarse la decisión del acusado de declarar o no, conforme a la estrategia de defensa). Teniéndose que la decisión de acogerse al derecho de guardar silencio, se encuentra inmersa en el derecho constitucional de la presunción de inocencia, en el sentido

de que quien acusa, debe acreditar la culpabilidad del agente y no que el acusado deba acreditar que no cometió delito o no tiene responsabilidad, conforme así se recoge en la jurisprudencia supranacional^[4].

Para finalizar este punto es de mencionarse tres aspectos complementarios a las ideas anteriormente esbozadas:

- El primero se ubica en torno a que si el acusado luego de haber expresado su decisión de reservarse de declarar o no, eligiera por ejercer su derecho a guardar silencio, aun encontrándose en el extremo final de la actividad probatoria; dicha decisión expresada no debe tomarse como un acto de rehusamiento a declarar, pues recordemos que aquel no incurrió en un acto de reticencia luego de haber expresado que declararía, sino que se reservó o se abstuvo de emitir un pronunciamiento en sentido positivo o negativo sobre su declaración.
- El segundo tema complementario se da ante un rehusamiento a declarar sea parcial o totalmente (y aun de forma tácita como ausentarse de la audiencia), se presentare una invocación sobreviniente de un “ejercicio de su derecho a guardar silencio”, lo cual no puede ser aceptado en sus efectos de anular la lectura de la declaración previa, pues la contraparte, en este caso el agente acusador, mantiene expedito su derecho de solicitar se dé lectura a la o las declaraciones previas del acusado, resaltando aquello de “derecho a solicitar”, precisamente en virtud a que es el agente acusador quien conoce las fortalezas, debilidades o consecuencias neutrales para su postura acusatoria, del contenido de la declaración previa del acusado (v.g. en la

^[4] “El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatorio que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 153. *Caso Cantoral Benavides*, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C N°69, párrafo 120. Citado en Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de carácter Constitucional, Gaceta Constitucional, Vol. 02, 2010, p.143.

declaración previa el procesado negó cualquier participación en el hecho imputado, ¿será aquello resaltante para solicitarse la lectura de dicha declaración previa?, consideramos que no).

- Y el tercer tema a abordarse sobre estos aspectos se da en cuanto a la oportunidad y forma en que debe leerse la declaración o declaraciones previas del acusado ante un rehusamiento, en realidad la norma no lo precisa, sin embargo ello no deja de lado que pueda hacerse en el momento mismo que se determine el rehusamiento del acusado a declarar, para luego dar paso a la actuación de otros medios de prueba en Juicio, si es que acaso dicho acto de declaración no fue lo último actuado en la actividad probatoria; debiéndose cuidar que dicha lectura de declaración previa no sea confundida con un acto de oralización de prueba documental, pues de serlo tendría que correrse traslado a la defensa del acusado para que se pronuncie sobre la misma u oralice las partes que considere necesarias, lo cual evidentemente produciría un contrasentido total en el hecho de que estando presente el acusado en la audiencia, su defensa tenga que discutir aspectos no leídos por parte del agente acusador de la declaración previa (en el caso se opte por no leer integralmente la declaración y se haga en las partes que se consideren importantes para la postura acusatoria o que haya sido materia del rehusamiento parcial) cuando dicha situación precisamente la propició la parte acusada al rehusarse a declarar en Juicio.

4. ¿SE PUEDE CONTRAINTERROGAR AL ACUSADO EN JUICIO?: SEIS RAZONES DE ASUNCIÓN DE POSTURA

Para responder a esta interrogante, debemos remitirnos a la litigación oral, respecto a los fundamentos que sustentan un Interrogatorio directo y un contrainterrogatorio^[5], así se tiene que quien ofrece al

^[5] Denotamos que para este artículo la mención de "interrogatorio" o "examen", debe ser entendido en una misma acepción respecto al acto de obtener información e incorporarla a juicio, más allá que en estricto ambos términos tienen una distinción en cuanto a su grado de amplitud, pues el interrogatorio comprende fundamentalmente preguntas formuladas, mientras que un examen tiene una con-

órgano de prueba, efectúa un Interrogatorio directo y lo hace en primer término pretendiendo construir la historia o un trozo de ella^[6], a través de una secuencia ordenada, cronológica, detallada, con precisión de diversos factores de contexto (lugar, tiempo, situación) conforme a la postura del que lo ofrece, para lo cual se formulan preguntas abiertas; mientras la contraparte, el que no ofreció al órgano de prueba, en segundo orden efectuará su interrogatorio denominado contrainterrogatorio, el cual busca fundamentalmente desacreditar dicha historia o trozo de historia (testimonio) o a la persona que lo aporta desde su perspectiva de fiabilidad (incredibilidad subjetiva, interés personal, rol ciudadano mermado, entre otros) y lo hace en una secuencia temática (no es prioridad el orden cronológico sino los temas que le son importantes abordar para el fin de desacreditación), con formulación de preguntas sugestivas en las que en su misma estructura se encuentra parte de la respuesta (v.g., ¿el carro era de color azul, no es así?) a cuya respuesta corta o concreta busca confirmar la información que se requiere (v.g., “sí” o “sí era de color azul”).

La norma procesal cuando trata el acto de contrainterrogatorio lo hace respecto a los testigos y peritos (artículo 378.8 del CPP). Así, señala: “Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el Juicio”, mientras que para el caso de la declaración del acusado se tiene que el artículo 88°, incisos 3) y 4) del CPP, que trata sobre el desarrollo de la declaración del imputado señala: “En el Juicio participarán en el interrogatorio todas las partes mediante un interrogatorio directo (...). En el interrogatorio las preguntas serán claras y precisas, no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas”, lineamientos que también son contenidos en el artículo 376.2°, acápites c) y d) del CPP. De lo que se tiene, que si la norma

notación más amplia, pues no solo comprende el acto de interrogar de forma autónoma, sino una mixtura de aquel con actos como poner a la vista del interrogado documentos (prueba documental) u objetos (prueba material) para su reconocimiento, proceder con sus propios gestos o simulaciones respecto a prueba demostrativa, entre otros; de allí que en la literatura se prefiera el término de examen y contraexamen.

^[6] BAYTLEMAN, A. y DUCE, M. *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Editorial Alternativas, Lima 2005, p. 110.

procesal prohíbe la formulación de preguntas sugestivas, las que son por antonomasia la esencia de un contrainterrogatorio, no se habilita el mismo durante la declaración del imputado, por lo que un primer punto aclaratorio sobre esta temática se da a partir de lo contenido en la propia norma procesal.

Un segundo punto a abordar se tiene respecto a la supuesta afectación al principio de contradicción. Se señala que al no tenerse posibilidad de contrainterrogar al acusado, se afecta a dicho principio procesal, y por tanto a la esencia de la audiencia de juicio oral en un sistema procesal acusatorio, en el que prima el principio de contradicción junto al de inmediación, oralidad, publicidad. Pues bien, la respuesta es certera: no hay afectación al principio de contradicción, en tanto que las partes pueden formular preguntas y participar en el interrogatorio al acusado, en el orden establecido por la norma procesal, que señala que el último en interrogar será el abogado defensor del acusado declarante (artículo 376.4° del CPP), por lo que mientras haya interrogatorio de las partes en igualdad de condiciones no se vulnera el principio de contradicción, primando sí la habilidad y destreza del agente acusador de obtener del acusado información relevante para su postura a través de preguntas ubicadas en el marco de la norma procesal, antes señaladas.

Es menester señalar que partiendo de una prohibición clara del agente que interroga de no llevar al acusado al extremo de la autoincriminación, como garantía procesal, el fin buscado por el agente acusador debe ubicarse en los límites anteriores a dicho extremo, que tiene como máximo permitido, el denotar ante el juzgador que el acusado está "mintiendo"^[7] (que se ubica en la línea de su pretensión aunque para el acusado, se encuentra en su derecho a defenderse) y que no necesariamente se dan por la vía de las preguntas sugestivas como muchas veces se alega, así por ejemplo: *"Usted ha dicho en su exposición de descargo, que estuvo en la puerta de la panadería Lima a*

^[7] Desde la perspectiva de la posición acusatoria, y aun así, con una disquisición adicional, pues dicha pretensión de evidenciar falsedad, debe ser en base a aspectos no centrales a la imputación penal, sino periféricos o tangenciales, lo cual debe ser controlado por el juzgador a fin de no permitir respuestas que contengan un mensaje de auto incriminación.

las cinco de la tarde y que se quedó cinco minutos parado en la puerta, no es así^[8]? Sí eso dije hace un momento. ¿Qué hizo en esos cinco minutos? Estuve mirando a la gente que pasaba por el lugar, a los carros, las parejas. ¿Ocurrió algo en particular cuando estuvo en ese lugar esos cinco minutos? No nada. ¿Conoce a Luis Pérez? Sí. ¿Quién es? Un amigo de infancia. ¿Conoce a Pedro Rojas? Sí, es mi vecino. ¿Conoce a José Rojas? Sí es hermano de Pedro. Le vuelvo a preguntar ocurrió algo que le llamó la atención cuando estuvo parado en la puerta de la panadería^[8]? Ah sí, hubo una pelea entre las personas que me ha mencionado, pero yo no vi mucho. No más preguntas.” Con ello el mensaje para el Juez es claro respecto de la ubicación del acusado en el lugar y tiempo del evento, por cierto es tarea del abogado tratar de revertir la situación. Ahora bien, si por el contrario el acusado ante la primera pregunta sobre la ocurrencia de algo en particular cuando estuvo en el lugar esos cinco minutos, dijera directamente: “Sí, hubo una pelea”, la línea del interrogador no debe centrarse en buscar que el acusado reconozca que golpeó dolosamente al agraviado (eso se construirá con la prueba a actuarse en Juicio, sobretodo la del agraviado, los peritos médicos, etc.), sino en asentar el contexto situacional en el que se encontró el acusado al momento de los hechos, por ejemplo: “A qué hora ocurrió eso aproximadamente? A las diez de la mañana más o menos. ¿Y cuánto tiempo observó los hechos? Un par de minutos, después me fui. ¿Y a qué distancia estuvo de donde ocurría esa pelea, cuando la estaba mirando? No sé, a unos cinco metros creo. Y qué vio exactamente? Una pelea. Y cómo se estaba dando esa pelea? No me acuerdo bien. No más preguntas”. En esta línea de interrogatorio, la información relevante para el uso del agente acusador es sentar que el acusado estuvo en el lugar, a la hora de los hechos, y en un tiempo razonable de producción de la agresión. Siendo innecesario seguir en una línea incisiva (tal cual naturaleza inquisidora) de pretender ir más allá cuando se tiene lo suficiente para sostener su ubicación en el lugar y tiempo de hechos, muchas veces agotando energías que puedan ser más bien necesarias

[8] Técnicamente aparenta ser una pregunta repetitiva por su contenido, según el propio ejemplo, sin embargo se ubica en la línea consecuyente de preguntas previas formuladas precisamente para un mismo fin, por tanto ante una objeción por pregunta repetitiva debe ser declarada infundada.

para la prueba personal, así por ejemplo: *"Explíquenos si estuvo viendo dos minutos aproximadamente la pelea, no puede recordar cómo se dio esta? No me acuerdo bien. Y díganos entonces, qué es lo que se acuerda? Que estaban golpeando al agraviado. Quiénes? Dos sujetos. Qué más? (...)".* Consecuentemente, se desprenden dos ideas fundamentales: no se afecta el principio de contradicción por no permitirse contrainterrogar al acusado; y, la forma de incorporar a juicio información relevante para la postura acusatoria o de denotar que el acusado no está deponiendo conforme a la "verdad" (lo que desde la perspectiva de la defensa es su forma de defenderse) no pasa por una "imprescindible" necesidad de usar preguntas sugestivas, conforme se desprende de los ejemplos anteriormente anotados.

Un tercer punto necesario de señalar se da por la consideración de la naturaleza del interrogatorio que se efectúe al acusado, el que, si bien podría asemejarse a la naturaleza y estructura de un Interrogatorio Directo (como así podría entenderse de la lectura del artículo 88.3 del CPP), y del que, como señalamos, presenta una secuencia cronológica, detallada, para construir una historia o parte de ella a través de preguntas abiertas; sin embargo, existen serias dificultades técnicas para considerársele como tal, por ejemplo: ¿cómo construir una historia a través de preguntas formuladas por el agente acusador cuando el acusado niega la "historia" de la acusación? o ¿cómo construir una historia a través de preguntas formuladas por una defensa cuya tesis en Juicio es de refutación?, o ¿existen "preguntas de acreditación" para el acusado? Más cuando se tiene que la declaración del acusado también tiene una connotación de medio de defensa. Por eso consideramos que la declaración del acusado no puede ser tratado como un "interrogatorio directo", en el sentido técnico, sino simplemente un "interrogatorio" sin mayores nominalismos técnicos, pues ambas partes (acusador y defensa) tienen el derecho de formular preguntas, desde sus propias perspectivas de postura, no pudiéndose construir tampoco la presencia de un "re-directo"; lo que no obsta de la presencia de un derecho a réplica (ciertamente no recomendable puesto que el fin del agente acusador en juicio es construir esa verdad que pretende probar ante el juzgador a través de la prueba personal y documental a actuarse), más cuando dicho derecho es base del principio de contradicción siempre presente en los actos del juicio oral, teniendo el juzgador siempre un

papel fundamental en la dirección del debate a través de un atinado criterio que posibilite, por ejemplo, no limitar derechos como el de interrogar, ni permitir un abuso del mismo.

Ubicándonos ahora en un contexto de discusión doctrinaria, tenemos posturas que sostienen la exigencia de contrainterrogar al acusado en juicio, partiendo que aquel debe ser considerado como un testigo según se ha escrito sobre Litigación Oral^[9], y a partir de ello un tratamiento difuso exteriorizado en la práctica judicial como aquel en el que el Juez pone a disposición de las partes la decisión de qué sujeto procesal (fiscal o defensa) inicia el interrogatorio, y a partir de ello, considerar el interrogatorio “directo” y luego el derecho de la contraparte a contrainterrogar^[10]; o aquel en el que el juzgador de plano informa a las partes que conforme al “principio de contradicción”, y a las “técnicas de litigación” el primero en interrogar al acusado será su abogado defensor a través de preguntas abiertas y luego el representante del Ministerio Público, a través de preguntas sugestivas a fin de que pueda realizar el contrainterrogatorio (esto último por cierto no acorde a la norma procesal en cuanto al orden en interrogar al acusado, pues el artículo 376.4° del CPP señala que el último en intervenir en el interrogatorio al acusado será su propia defensa).

A continuación sustentaremos brevemente seis razones por las cuales se asume la postura de que el acusado en Juicio no puede ser sujeto de contrainterrogatorio, así tenemos:

[9] “La prueba por excelencia en el juicio oral suele estar constituida por el testimonio, ampliamente concebido. Sea que se trate de la declaración de un tercero que dice haber percibido cosas relativas al caso, sea que se trate de la propia declaración de la víctima o del acusado, la prueba del juicio oral por excelencia es el testimonio”. BAYTLEMAN/ DUCE. *Litigación penal, juicio oral y prueba*, cit., p. 73.

[10] “Desde una posición favorable a las técnicas de litigación oral, estando en la posición de abogado defensor, podríamos plantear al juzgador que nosotros iniciemos el interrogatorio al acusado porque de esa manera ejerceríamos mejor el derecho de defensa del acusado y además un contra examen que es el que haría el Fiscal, el cual se produce sobre la base de las reglas que se da en el examen directo, pues justamente es para impugnar la credibilidad de su versión por razones físicas, mentales o por mendacidad”. NEYRA FLORES, J. *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*, Idemsa, Lima, 2010, p. 845.

- a. No es fuente de presunción de veracidad. El acusado no parte de la obligación de decir la verdad, como sí corresponde al testigo, razón por la cual no se le toma juramento antes de ser sometido al interrogatorio; situación que se mantiene, aun tratándose en su declaración sobre aspectos concernientes a sus co acusados^[11].
- b. No hay consistencia para “desacreditación” por no ser fuente de presunción de veracidad: Si no parte de la obligación de decir la verdad, lo que no obsta de poder hacerlo, o decir “su verdad”, o en aras a defenderse crear, imaginar, o simplemente mentir; la ubicación frente a su declaración de una pretensión de “desacreditación” propiamente dicha pierde fuerza, pues precisamente no parte de un mismo punto homogéneo a la situación del testigo que en base al juramento o promesa de honor, se entiende que lo depuesto es conforme a la verdad, salvo que se demuestre lo contrario. Lo que no impide por cierto que en base al principio de contradicción, el agente acusador pretenda en juicio denotar que el acusado no depone “conforme a la verdad”.
- c. Por el no cumplimiento de los fines del contrainterrogatorio. En el caso se aceptara el contrainterrogatorio al acusado, y en ello no se lograra “desacreditar” la versión dada por aquel, ¿debe entonces el Juez considerar dicho relato fiable cual grado de medio probatorio (testimonio), y tomarlo en su integridad conforme ha sido depuesto? Consideramos que no sería atinado, pues precisamente lo señalado por el acusado debe ser corroborado o desvirtuado con la propia actividad probatoria.
- d. *Por la ubicación técnica de un contrainterrogatorio en Juicio.* Para contrainterrogar al acusado, debe preexistir un interrogatorio directo (con las serias deficiencias técnicas esbozadas en párrafos anteriores) y además la posibilidad posterior de la

[11] A diferencia del sistema procesal colombiano, en el que por ejemplo, el acusado presta juramento cuando su declaración verse sobre la situación de sus co procesados.

presencia de un re-directo y un re-contrainterrogatorio, y por qué no de un re re-directo y un re re- contrainterrogatorio, tal cual se tratare de un testigo, entonces ¿qué es lo que se pretende con la declaración del acusado en juicio, bajo esta perspectiva?, ¿exponérsele a los filtros de contraste y verificación de su declaración como si aquel tuviera que probar su inocencia? Consideramos que no.

- e. *Por el contenido que puede poner en riesgo la garantía procesal de la no autoincriminación.* Si bien este riesgo puede presentarse aún en la declaración de un testigo, para lo cual es labor fundamental del Juez que dirige el debate informar de los derechos y deberes que tiene el testigo antes de declarar además de limitar situaciones que lleven a dicho extremo; sin embargo, dicho riesgo en la situación del acusado es mucho más alto y más dañino pues a diferencia de un testigo (quien tendrá un proceso independiente para que le prueben que cometió un delito) el procesado se encuentra precisamente en la última oportunidad que tiene para descargar o defenderse de una imputación penal antes de emitirse la decisión judicial final; a lo que debe adicionarse que dicha garantía procesal está íntimamente ligada a la situación de que quien le imputa el delito, debe probarlo, no estando obligado por el contrario, a probar o demostrar su inocencia.
- f. *Por la ubicación abstracta de la situación del acusado en Juicio.* El acusado en una gráfica imaginaria de un Juicio en relación a su interrogatorio, debe tener una ubicación neutral, es decir, ni para el lado de la defensa, a quien pueda permitírsele iniciar el interrogatorio a través de preguntas abiertas, como para "acreditarlo" y construir una "historia", la que no está obligado a construir; ni para el lado del agente acusador, quien exige permitírsele "contrainterrogarlo" a efectos de hacer denotar que sus argumentos de defensa en realidad son "pura mendacidad". El acusado como individualidad, y con él su declaración o no declaración, en Juicio sobre los cargos penales, debe estar al medio o de forma neutral, entre las actuaciones procesales de cargo y de descargo, de los operadores. De tal manera que el resultado final sea reflejo de dicho equilibrio como tratamien-

to procesal, cuyo mayor desgaste no está definido en el interrogatorio al acusado sino en la actuación de prueba personal y documental, generándose por ende una mayor solvencia al momento de emitir la decisión judicial final.

5. EL USO DE DECLARACIÓN PREVIA PARA EVIDENCIAR CONTRADICCIÓN: ¿ES ADMISIBLE EN LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO?

Debemos precisar que el nombre "Declaración Previa" corresponde a aquel acto de investigación en el cual se recaudó información de la fuente generadora de la misma (víctima, imputado, testigo, perito), y que se encuentra contenida en un soporte documental, el mismo que para su validez procesal debe tratarse de una manifestación libre y en presencia del representante del Ministerio Público, además de la presencia de un abogado defensor, para el caso del imputado. Así, dicha declaración previa, para la etapa del Juzgamiento, no tiene mayor relevancia en tanto que el propio agente que la proporcionó se presentare a Juicio y declarase. Es decir, el punto de partida es el siguiente, si la fuente generadora de dicha declaración previa declara en Juicio, la declaración previa por sí misma no tiene relevancia, puesto que aquella se ha tornado en puridad en una información probatoria en juicio (o referencial para el caso de la declaración del acusado). Siendo así, la norma procesal permite el uso de "declaración previa" en supuestos específicos:

- a. Para el caso del acusado, respecto a un acto de rehusamiento a declarar total o parcialmente, se leerá en juicio su declaración previa (artículo 376.1° del CPP). Que como se analizó en el punto 3, corresponde a una etapa posterior a la decisión libre del acusado de declarar en Juicio.
- b. Para el caso del testigo y perito, en dos supuestos:
 - Cuando declara en Juicio, para fines de "refrescar memoria" (cuando no recuerda algún hecho o circunstancia) o para "evidenciar contradicción" (respecto a lo señalado en anterior declaración), se podrá leer las partes correspondientes de la declaración previa del testigo o perito (artículo 378.6° del CPP).

- Cuando no declara en Juicio, y siempre sujeto a presupuestos específicos (por razón de fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causa independiente a la voluntad de las partes), podrá leerse la declaración previa del testigo o perito, siempre que haya habido un debido emplazamiento a las partes sobre dicho acto (artículo 383.1º, acápites c y d, del CPP).

El aspecto problemático se da para el caso de la declaración del acusado, cuando el agente acusador solicita el uso de declaración previa, para “evidenciar contradicción”^[12] de lo declarado en juicio con lo que refirió en su declaración previa como acto de investigación. Nuevamente nos encontramos en la misma línea del análisis expuesto en el punto 4. sobre el contrainterrogatorio, así al margen de que la norma procesal no estipula el uso de declaración previa para “evidenciar contradicción” (ni tampoco para “refrescar memoria”) en la declaración del acusado, a diferencia de la declaración del testigo y perito; y al margen además de que conforme al artículo VIII. 4 del Título Preliminar del CPP no puede hacerse una interpretación extensiva de la norma procesal -en este caso del artículo 378.6 del CPP que contiene el uso de declaración previa al testigo y perito para evidenciar contradicción- mientras no favorezca el ejercicio de los derechos del acusado, como el de defensa; se tiene que si el objetivo de usar una declaración previa para evidenciar contradicción en una declaración, es la de “desacreditar” al agente fuente de información en Juicio, partiéndose de un sentido de verosimilitud de su deposición (sea por el juramento de ley, como por su obligación de decir la verdad), ello no aplica para la situación del acusado, por cuanto, como hemos referido, aquel no parte de una obligación de decir la verdad sobre los hechos materia de proceso, precisamente por el ejercicio de su derecho a defenderse; a lo que se adiciona otros fundamentos anteriormente expuestos, como considerar la naturaleza de la declaración del acusado no como un medio probatorio, sino un medio de defensa/medio de información referencial; la naturaleza de la figura del acusado en Juicio, que no puede ser equiparable a la

^[12] Ciertamente, en la propia experiencia judicial, nunca hemos visto un caso en que el abogado defensor solicite el uso de declaración previa, para “refrescar memoria” en la declaración de su patrocinado.

figura de un testigo, quien parte de la presunción de veracidad de su declaración; además de tener en cuenta sobre todo, al margen de toda disposición solvente de ejercicio del rol acusatorio, el cumplimiento de la garantía procesal de la no autoincriminación, que corresponde no solo al juzgador como parte contralora del mismo, sino también a las partes, a través de su participación activa en el juicio.

Es menester señalar, finalmente, que a diferencia de la prohibición expresa del uso de preguntas sugestivas en el interrogatorio al acusado, no hay limitación alguna a formular preguntas sobre la temática, sin necesidad de recurrir al uso de la "declaración previa" del acusado para fines de "evidenciar contradicción", que no corresponde al caso. Así citemos un ejemplo: *"Usted dijo hace un momento que no estuvo en el lugar de los hechos cuando se produjo la agresión al agraviado, no es así? Sí, eso dije efectivamente. ¿Usted ha declarado anteriormente sobre los hechos, ante alguna autoridad? Sí, una vez, ante la Fiscalía. Y en esa oportunidad usted dijo lo mismo que nos está diciendo ahora, que no estuvo en el lugar de los hechos cuando se produjo la agresión? No me acuerdo. No más preguntas"* o que responda el acusado *"No dije eso, porque (...)";* lo que se hace es denotar una situación de diferencia en lo depuesto por el acusado, que no es limitada en la norma procesal por cuanto se hace a través de formulación de preguntas, y que se ubica en la línea de pretensión válida del agente acusador; salvo que, en el mismo ejemplo, se reciba una respuesta distinta como: *"Sí, dije lo mismo en esa oportunidad"*, a sabiendas que no lo dijo anteriormente y que no conste en la declaración previa; ante lo cual, si bien no podrá recurrirse a la lectura de dicho documento por no tenerse un fundamento legal para el mismo (a diferencia de los testigos y peritos), sin embargo, ante una situación así surgida, puede la misma más bien revertir efectos favorables a la tesis acusatoria, con la complementación de información probatoria de cargo a través de la prueba personal actuada en Juicio; de allí la insistencia que tenemos de no agotarse los esfuerzos o energías de los actores, en el interrogatorio del acusado, sino en la prueba personal y documental admitida para el Juicio, que es la que por antonomasia define la situación del acusado frente a los cargos penales.

6. VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN LA SENTENCIA

Como se ha sostenido en el punto 2, la declaración del acusado obtenida de los interrogatorios, tiene una doble connotación, por un lado, de ser un medio de defensa -por antonomasia- y de otro lado, un medio de información referencial, mas no un medio probatorio por sí mismo, salvo que, como señala la norma procesal, se trate de su "confesión"; o acaso de forma indirecta, pase por el tamiz de un acto de careo con otro agente fuente de información, lo cual tornaría su contenido en un medio probatorio (aunque por efectos posteriores al acto mismo de declaración).

Entonces la valoración de la declaración del acusado en la sentencia, siempre debe ser de "complemento", ubicado en la misma línea del sentido final de la decisión a partir de la valoración del colectivo probatorio. Nunca puede la declaración del acusado, ser lo vital o crucial para emitir una decisión de condena o una absolución, pues lo trascendental en el Juicio es la actuación de la prueba personal y documental. Así, si la información probatoria se alinea hacia una decisión de condena, lo señalado por el acusado en juicio como descargo, se ubica como una información referencial sin mayor corroboración probatoria; y si por el contrario, los elementos probatorios se alinean hacia una decisión absolutoria, lo declarado por el acusado en juicio, puede ubicarse desde una información referencial que ha sido corroborada con información probatoria, hasta una información referencial neutral o sin mayor efecto en la decisión final, teniendo en cuenta que las decisiones absolutorias tienen diverso contenido (no acreditación del hecho, del delito, de la responsabilidad penal, por falta de pruebas, insuficiencia de pruebas, por duda razonables, etc.).

Debe señalarse que para fines de valoración de la declaración del acusado en la sentencia, siempre como información referencial, sea positiva o negativa a su situación, debe tomarse en cuenta la que el mismo vierte sea de forma espontánea o sometida a interrogatorio, dentro de la actividad probatoria como marco de oportunidad; así si en la autodefensa material desplegada antes de emitirse sentencia (haya o no haya declarado anteriormente) el acusado manifestare algún aspecto fáctico que pueda afectar más bien su situación, aun cuando no

repare en ello, el Juzgador no podrá incorporar dicha información en su valoración probatoria, precisamente porque la autodefensa material como último acto procesal de las partes, constituye propiamente un medio de defensa.

Finalmente, consideramos que la perspectiva de valoración de la declaración del acusado para la sentencia, es fundamental para marcar la pauta de la forma cómo el Juzgador dirige el contradictorio en relación a la figura del acusado en Juicio.

7. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004: AFIANZANDO UNA IDENTIDAD PROCESAL

Conforme a la norma procesal vigente se tiene lo siguiente respecto a la declaración del acusado en juicio:

- a. El acusado elige libremente declarar o no declarar en Juicio, optando por su derecho a ser oído sobre los cargos penales, o su derecho a guardar silencio.
- b. Si el acusado elige declarar en juicio:
 - Se iniciará su declaración, previamente al interrogatorio, con una manifestación libre de lo que considere pertinente a su defensa (la que puede ser limitada razonablemente en cuanto a tiempo).
 - El último en interrogar al acusado es su propia defensa, de lo que se tiene que antes de aquel es el representante del Ministerio Público quien interroga al acusado.
 - Las preguntas formuladas deben ser abiertas, claras, pertinentes y útiles.
 - No están permitidas las preguntas sugestivas, ni las capciosas, impertinentes o repetitivas.
 - Si el acusado se rehusare a declarar, sea parcial o totalmente, se leerá su declaración previa.
- c. Si el acusado elige no declarar en Juicio:
 - Puede manifestar su deseo de declarar y así hacerlo.

De lo que se tiene que estas disposiciones que abordan el tema de la declaración del acusado en Juicio así como otros aspectos procedimentales, contenidos en la norma procesal vigente, deben ser interpretados y asumidos como tales, a la luz de los principios y garantías, procesales y constitucionales, lo que permitirá afianzar una propia identidad procesal en nuestro sistema, sujeto siempre al debate académico, y a la unificación de criterios o posturas jurisdiccionales que abonen a su construcción.

8. CONCLUSIONES

Al culminar el presente artículo, podemos señalar las siguientes ideas finales:

- a. La declaración del acusado en Juicio, es -por antonomasia- un medio de defensa y también un medio de información referencial, cuyo contenido parcial o total, pueda aportar al análisis del colectivo probatorio en Juicio.
- b. La declaración del acusado sólo constituye un medio probatorio cuando se trate de la confesión o que la declaración sea sometida al tamiz del Careo.
- c. La declaración del acusado no debe ser equiparable a la declaración de un testigo, precisamente porque el primero no parte como fuente de presunción de veracidad como sí parte el segundo (obligación de decir la verdad).
- d. La formulación de preguntas abiertas al acusado, conforme lo señala la norma procesal, no puede ser entendido como un "interrogatorio directo" por parte de los sujetos procesales.
- e. En la declaración del acusado no puede acudirse al contrainterrogatorio ni al uso de declaración previa sea para "refrescar memoria" o para "evidenciar contradicción", lo que no obsta que en este último caso, pueda abordarse la temática a través de formulación de preguntas.
- f. No se afecta el principio de contradicción por no permitirse formulación de preguntas sugestivas o contrainterrogar al acusado.

- g. El sistema procesal peruano afianza su propia personalidad procesal en cuanto al tratamiento de la declaración del acusado en Juicio, con la interpretación de la norma procesal en base a los principios y garantías, procesales y constitucionales, entre los que resaltan: la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio acusatorio, el derecho a probar, la garantía de la no autoincriminación, entre otros.

LA ACCIÓN CIVIL EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Gonzalo del Río Labarthe^()*

^(*) Estudios de Doctorado en la Universidad de Alicante. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad ESAN y autor de diversos libros y artículos de Derecho Procesal Penal.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende analizar algunas de las reglas del nuevo Código Procesal Penal de 2004 [NCP 2004] vinculadas a la regulación del ejercicio de la acción civil en el proceso penal^[1].

El NCP “ataca” una vieja confusión vinculada a la idea de que la acción civil en el proceso penal deriva del delito, interpretación que conduce a un supuesto interés público o de la sociedad en el pago de la reparación civil o en la reparación del daño que distorsiona seriamente su tratamiento procesal.

Así ubica en su real dimensión a la participación del Ministerio Público en el ámbito de la acción civil [artículo 1 LOMP, artículo 11 NCP], estableciendo que su actividad en el ejercicio de esa pretensión tiene un carácter esencialmente *sustitutivo*. Además, es un instrumento normativo que reafirma la idea de que la acción civil ejercitada en el proceso penal es privada y dispositiva.

El nuevo proceso penal permite que se ordene el pago de la reparación civil, incluso en aquellos supuestos en los que no existe una sentencia de condena penal, lo que involucra una renuncia al viejo modelo de *accesoriedad restringida*. Además, ubica a la acumulación heterogénea de pretensiones en el contexto que debe ocupar, que es el de la *celeridad procesal*.

^[1] Esta es una versión, ampliada, del artículo del mismo nombre publicado en *Derecho PUCP* N° 65, Lima, 2010.

Este cambio en la concepción del ejercicio de la acción civil en el proceso penal permite entender que la condición de perjudicado y, por tanto, la capacidad que tiene este para constituirse en actor civil, no debe analizarse desde la perspectiva de la estructura del tipo delictivo, en tanto la misma no tiene por qué condicionar la existencia o inexistencia de un daño. Mucho menos si se tiene en cuenta que hoy el NCPP admite condenar al pago de una reparación civil, incluso en la sentencia absolutoria y en el auto de sobreseimiento.

Un cambio de esta naturaleza en la visión que se tiene de la acción civil acumulada al proceso penal, también debería contribuir a un tratamiento más coherente del sistema, en la identificación del daño y el monto indemnizable, y a determinar cuál es el rol que debe cumplir el actor civil en el proceso penal.

Finalmente, se realiza un análisis del Acuerdo Plenario N° 5-2011-CJ-116 y de alguna jurisprudencia que aborda la problemática de la acción civil en el proceso penal.

2. NATURALEZA DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Montero Aroca plantea, con acierto, la confusión que existe en la doctrina en torno a lo que debe entenderse como objeto del proceso penal, y que esa falta de claridad se origina en el mismo punto de partida, mezclando la acción penal con la acción civil y, consiguientemente, el proceso penal y civil que dan lugar a cada una de aquellas.

Sostiene que la confusión proviene de haberse sostenido con reiteración, que de todo o delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para el resarcimiento del perjudicado; y que toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente, por lo que no es ajeno a esta confusión el hablar de obligaciones civiles que *nacen* de delitos o faltas^[2].

En realidad, debe partirse de la idea de que la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal *no deriva de la comisión de*

^[2] MONTERO AROCA, J. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 323.

un hecho delictivo. El delito tiene como consecuencia una pena, el ilícito civil, una consecuencia de esa naturaleza, no hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ellas dimane de un ilícito civil sin repercusión penal y otra lo sea de un hecho que a la vez puede ser considerado como delito^[3].

Siguiendo esta línea argumental, Silva Sánchez sostiene que el tenor de la expresión “responsabilidad civil derivada de delito” describe de modo inexacto su alcance, pues en realidad tal responsabilidad se afirma cuando puede establecerse un nexo de imputación objetiva y subjetiva, según las reglas del Derecho civil, entre un daño y una conducta delictiva, con independencia de que dicho daño sea o no elemento del tipo del delito por el que se condena o, incluso, elemento típico de delito alguno *tout court*. Tal “responsabilidad civil” no solo *no deriva* del delito como *infracción*, sino que *tampoco deriva* del delito como *daño*^[4].

La respuesta judicial a la acción civil *nunca lo es de carácter penal, sino civil*, la cual consiste en una restitución, reparación o en una indemnización. La responsabilidad civil nace porque el hecho produce el daño o porque implica un menoscabo patrimonial de la víctima^[5].

En consecuencia, lo que interesa [o lo que debe interesar] al actor civil es que exista un daño reparable, no que el hecho del que deriva sea delito. Un entendimiento erróneo de esta cuestión es lo que ha llevado a que, durante muchos años, en el Derecho comparado, la resolución de la cuestión civil se vincule [siempre] a la emisión de una sentencia condenatoria (accesoriedad restringida).

Sin embargo, la acción civil no es accesoria de la penal, lo que existe es una simple acumulación de pretensiones, cuyo fundamento radica en la economía procesal. El actor civil no tiene ninguna legitimación para sostener, aunque sea indirectamente, la acción penal,

[3] ASENCIO MELLADO, J. M. *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*, ARA, Lima, 2010, pp. 42-43.

[4] SILVA SÁNCHEZ, J. M. “¿*Ex delicto*? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”. EN: *dret*, www.indret.com.

[5] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. [con MORENO CATENA], *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 165.

y menos para sin ostentar interés civil instar a la continuación del proceso penal^[6].

La acumulación de la acción civil al proceso penal responde, sencillamente, a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño *privado* ocasionado por el mismo hecho.

Además, se considera beneficioso que el perjudicado tenga a su disposición dos vías para procurar la reparación de su agravio^[7] y, en cierto sentido, favorece la unidad de respuesta del ordenamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la determinación del hecho por aquel orden jurisdiccional encargado de determinar la existencia o inexistencia del delito y la determinación de un supuesto de responsabilidad extracontractual se ubican en un mismo sujeto (el juez penal), lo que permite un importante nivel de satisfacción en el plano de la coherencia de la potestad jurisdiccional.

En el Perú, la confusión antes apuntada es patente, su origen se ubica en el artículo 92 del Código Penal, cuando establece que la reparación civil se determina *conjuntamente con la pena*. A partir de un análisis estricto de esta norma y, frente a la ausencia de una normativa que regule detalladamente el ejercicio de la acción civil en el CPP 1940, durante muchos años se ha interpretado la acción civil del proceso penal desde la perspectiva de una estricta accesoriedad restringida.

[6] ASENCIO MELLADO, *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*, cit., pp. 44-46. El artículo 388.1 NCPP dispone que el abogado del actor civil argumentará sobre el agravio que el hecho ha ocasionado a su patrocinado, también puede demostrar el derecho a la reparación que tiene su defendido y destacar la cuantía en que estima el monto indemnizatorio, y puede solicitar la restitución del bien, si esto es aún posible, o el pago de su valor. Por su parte, el artículo 388.2 permite al abogado del actor civil esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos, pero siempre que sean relevantes para la imputación de la responsabilidad civil, está prohibido de calificar el delito. Finalmente, el artículo 105 dispone que al actor civil no le está permitido pedir sanción.

[7] NÚÑEZ, R. C. *La acción civil en el proceso penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1982, p. 26.

Sobre esta base, nuestro sistema jurídico ha entendido que la acción civil solo puede ser declarada en un proceso penal, si además, existe una sentencia condenatoria que acredita la responsabilidad penal por el hecho cometido.

Núñez explica esta tendencia a partir del pensamiento de los penalistas adeptos a la escuela positiva; quienes incurrieron en el error de considerar que la reparación del daño patrimonial causado por el delito [o por el hecho que, además, es considerado delito] es un asunto de derecho público, y que como tal debía ser tratado por el legislador.

Esto condujo a confundir la reparación civil con una enmienda que no está solo destinada a satisfacer el interés que tiene el damnificado en que se repare el daño que le ha causado el delito, sino que obedece, también, de manera principal a la idea de tranquilizar a la sociedad, dándole seguridad de que el delincuente reparará el daño privado ocasionado por el delito. Es esta una de las razones en virtud de la cual se establece que la reparación puede ser perseguida, de oficio, por el Ministerio Público^[8].

Es por esta razón que otro origen, si se quiere, "normativo", de la confusión, se ubica en el artículo 1 LOMP, cuando establece que el Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales, entre otras, la persecución del delito y la *reparación civil*. Esta norma condujo a que, durante mucho tiempo, fuera obligatorio para el Ministerio Público que, cuando promoviera la acción penal, deba ejercer, acumulativa y obligatoriamente, la acción civil *ex delicto*.

Prueba de la confusión apuntada se ubica en la propia doctrina nacional, que llega a establecer que son tres los intereses en juego en el proceso penal: el interés de la sociedad en que se aplique la pena, el interés del particular en que se repare el daño y el interés de la propia sociedad en la reparación del daño. Se sostiene incluso que el "interés de la sociedad en la reparación del daño" es el que fundamenta y legitima

[8] NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 19.

al Ministerio Público para buscar y solicitar la reparación del daño en la investigación preparatoria o en la acusación correspondiente^[9].

Esta confusión parte de una comprensión equivocada de la legitimación procesal activa del Ministerio Público para el ejercicio de la acción civil. San Martín Castro señala con acierto que debe diferenciarse la naturaleza civil de la institución con la legitimación activa que permite introducir la pretensión en el proceso penal; es esta (la que regula el artículo 1 LOMP) una legitimación extraordinaria, dado que el Ministerio Público no es [ni lo es la sociedad] el titular del derecho subjetivo privado, sino que por disposición de la ley actúa en nombre propio, *pero afirmando derechos subjetivos ajenos*^[10]. Esta es la única forma que permite compatibilizar la participación del Ministerio Público en el ejercicio de la acción civil y su naturaleza eminentemente privada.

Sin embargo, en el sistema procesal anterior, si bien se siguió la postura de una legitimación extraordinaria, no se entendió que esta además debe serlo por *sustitución*^[11]. Lo que condujo a que cuando el agraviado se constituye en parte civil, el Fiscal insiste —se entiende en aplicación del artículo 1 LOMP— en solicitar una reparación civil específica que “coincide” en muchos casos con la pretensión del actor. Así, se plantean dos pretensiones distintas, cuando el único titular del derecho subjetivo alegado es el perjudicado.

Si el Ministerio Público actúa en interés de la víctima —al proteger ese interés privado— no se explica por qué es necesario que insista en introducir una pretensión cuando el agraviado, constituido en actor civil, está ejerciéndola en el proceso. La participación del Ministerio Público en el ámbito descrito por la LOMP, por su propia naturaleza, se dirige al “desamparo”, a los casos en los que el perjudicado —por la razón que fuere— no se ha constituido en actor civil en el proceso

[9] GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. *La reparación civil en el proceso penal*, 2ª ed., Idemsa, Lima, 2005.

[10] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 342.

[11] MORENO CATENA, V. [con CORTÉS DOMÍNGUEZ], *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 124. En idéntico sentido, y como luego se verá, el Acuerdo Plenario N° 5-2011.

penal. No tiene sentido la participación del fiscal en la acción civil cuando el agraviado formaliza su pretensión y participa en el proceso^[12].

Lo esencial en el ejercicio de la acción penal es que se realice en representación del Estado, para lograr fines de naturaleza pública, y esto lo puede hacer tanto un órgano público como un particular (acción privada). Pero si la naturaleza de la acción civil, se quiere mantener incólume, la legislación no puede atribuir la titularidad de ella a un órgano público o a cualquier particular, para que actúen de *motu proprio* y con independencia de la voluntad del damnificado^[13].

Por ello, este estudio no rechaza, de plano, la participación del Ministerio Público, se debe entender que este actúa en el proceso penal por *sustitución*. Participa representando un interés privado y, por tanto, no puede actuar con independencia de la voluntad del perjudicado, incluso, como se verá, su participación cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso^[14].

En este orden de ideas, hasta aquí han sido explicados los dos principales problemas que enfrenta una concepción de la acción civil en el proceso penal desde la perspectiva de una accesoriedad restringida, concretamente se entiende que la reparación civil solo puede ser decretada si existe una previa sentencia condenatoria. Por otro, se asume la participación del Ministerio Público como obligatoria, e, incluso, se entiende que esta puede concurrir con la del actor civil, lo que es consecuencia de un falso entendimiento de la pretensión civil como un "interés público, de la sociedad"; y, de una reparación civil que se asimila a un acto punitivo. Estos problemas son, en gran parte, solucionados por la nueva regulación del NCPP 2004.

[12] Vid. DEL RÍO LABARTHE, G. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, ARA, Lima, 2010, p. 69.

[13] NÚÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 21.

[14] Nótese que es perfectamente posible que este interés de la víctima sea protegido por un abogado de oficio. Si no se ha atribuido esta facultad a la Defensoría Pública hasta el momento, es por razones estrictamente administrativas o presupuestarias, que no guardan relación con la naturaleza de la institución. Sin embargo, si ello ocurriera, curiosamente, nadie discutiría la naturaleza privada de la acción civil del proceso penal.

3. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

3.1. LA PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA NATURALEZA PRIVADA DE LA ACCIÓN CIVIL

El NCPP 2004 regula el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, en la Sección II del Libro Primero [Disposiciones Generales]. Esta Sección involucra, probablemente, la modificación más importante en torno a la posibilidad de ejercer la acción civil en el proceso penal, en los últimos tiempos.

El artículo 11 NCPP establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, *especialmente*, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, *cesa* la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso.

En tal virtud, el NCPP mantiene la legitimación extraordinaria del Ministerio Público, pero siempre que el titular de ese o esos derechos no introduzca o esté dispuesto a introducir su pretensión. La regulación no admite dudas, queda claro que el Ministerio Público actúa solo en interés de la víctima. Si no fuera así, el *cese* de su participación no tendría sentido.

Por ello, el NCPP no rechaza la participación del Ministerio Público, pero la ubica en su real dimensión, como una legítima manifestación del ejercicio de la función fiscal en defensa de la legalidad (159 Const.) y realizada al amparo del interés de la víctima, cuyos derechos también deben estar garantizados en el ámbito del proceso penal.

Esta estructura guarda relación con la regulación de la acción civil desde la perspectiva de la participación del actor civil. La naturaleza absolutamente privada de la acción civil acumulada al proceso penal se aprecia claramente en la regulación de los artículos 12, 13 y 14 NCPP. El artículo 12.1 otorga libertad al perjudicado por el delito, para elegir entre el proceso penal o el orden jurisdiccional civil al momento de ejercer su pretensión. La única regla que establece el Código es la imposibilidad de que exista un concurso de pretensiones, la pretensión es alternativa, en el sentido que al optar por alguna de ellas, no podrá deducir su pretensión civil en otra vía jurisdiccional.

En dicha línea, el NCPP también permite que el perjudicado acuda al orden jurisdiccional civil con el propósito de ejercer su pretensión, en aquellos casos en los que el proceso penal se suspenda por alguna consideración legal (12.2 NCPP).

Por otro lado, el artículo 13 NCPP permite que el actor civil se desista de su pretensión de reparación civil hasta antes del inicio de la Etapa Intermedia. Ello no perjudica su derecho a ejercerlo en la vía de proceso civil.

Finalmente, el artículo 14 permite que la acción civil sea objeto de transacción. El artículo 14.2 exige que una vez que la transacción se formaliza ante el Juez de la Investigación Preparatoria [transacción a la que el Ministerio Público no puede oponerse] el Fiscal debe abstenerse de solicitar reparación civil en su acusación.

En tal virtud, esta normativa reafirma la idea de que la acción civil ejercitada en el proceso penal es privada y por ello, dispositiva, y esto supone que la regla general, lógica y coherente con el principio dispositivo es que el perjudicado muestre su voluntad de que en el proceso penal sea enjuiciada la acción civil. Además, la sentencia que se dicte en el proceso penal ha de ser congruente con las peticiones de las partes civiles siendo de aplicación lo dispuesto en las leyes procesales civiles^[15].

3.2. ACCIÓN CIVIL Y SENTENCIA CONDENATORIA

Sin lugar a dudas, la modificación más importante del NCPP en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12.3 NCPP, al establecer que *la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá[n] al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.*

Una prueba del rezago de la confusión explicada en este artículo se plantea en el ámbito de la propia redacción de esta norma, incluso

^[15] ASENCIO MELLADO. *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*, cit., pp. 51-52.

cuando constituye un giro sustancial en la interpretación del ejercicio de la acción civil. Como es obvio, luego de la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento, no se puede calificar, como hace el artículo 12.3 NCPP, al hecho como "punible", se debió utilizar la frase "acción derivada del hecho que constituye el objeto del proceso", o una similar.

La advertencia de este error de redacción es una clara muestra de que, precisamente, no se está ante una acción civil derivada de un hecho punible; como ya se dijo, la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal no deriva de la comisión de un hecho delictivo, el delito tiene como consecuencia una pena, el ilícito civil, una consecuencia de esa naturaleza.

Superado el error en la línea de interpretación^[16], esto es precisamente lo que regula el artículo 12.3 NCPP: cuando se descarta la presencia de responsabilidad penal, vía auto de sobreseimiento, o mediante una sentencia absolutoria, no quiere decir que la jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que, es evidente, se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso, cuando ese hecho no puede ser calificado como un ilícito penal.

Si la acumulación heterogénea de pretensiones en el proceso penal se justifica en razones estrictamente procesales, vinculadas a la celeridad procesal y a la unidad de respuesta del ordenamiento jurídico; entonces es evidente que no tiene sentido que la sentencia absolutoria o, en su caso, el auto de sobreseimiento, impliquen una renuncia a la posibilidad de pronunciarse sobre el daño que puede haber sido perfectamente comprobado durante la sustanciación del proceso. Mucho menos que la "imposibilidad" de emitir un pronunciamiento en ese extremo obligue al perjudicado a iniciar la acción en otra vía, para que la misma jurisdicción (que es única) se pronuncie, por estrictas razones de especialidad, luego de haber sustanciado dos procesos distintos sobre la base de un mismo hecho.

^[16] En cualquier caso, y por razones de claridad, considero que es necesaria una reforma de este artículo.

Esto involucra una reproducción de acciones innecesarias, y es consecuencia de una errada concepción, que al no asumir que lo que existe es una acumulación heterogénea de acciones, considera equivocadamente que el Juez penal “solo” puede pronunciarse en relación a la acción civil frente a la existencia de responsabilidad penal, lo que no guarda ningún sentido con la naturaleza de la acumulación. Esta decisión, que es la que actualmente regula el CPP 1940, no guarda sentido con la celeridad procesal como objetivo y con la concepción de la jurisdicción única.

Desde luego que si el sobreseimiento o la absolución se amparan en la inexistencia del hecho que conforma el objeto procesal, es imposible condenar al pago de una reparación civil en alguna de esas resoluciones. Por inexistencia del hecho cabe entender solo dos supuestos: a) cuando esté probado que el hecho no ha sucedido; y b) cuando resulte probado que el acusado no fue el autor del hecho criminal, pues se entiende que respecto de este, el hecho no ha existido^[17].

Porque, si bien es cierto que hoy no es necesario acreditar la responsabilidad penal como *conditio sine qua non* de la declaración de la existencia de responsabilidad civil, también es cierto que la declaración acerca de la existencia del hecho (que no es lo mismo), evidentemente condiciona no solo la posibilidad de imponer una pena, sino también, la de obligar al responsable del mismo al pago de un concepto indemnizatorio. En este extremo, resulta sumamente interesante la Sentencia de Segunda Instancia emitida por la Sala de Apelaciones de Lima [Exp. N° 00115.2011-6-1826-JR-PE-01] en la que deja claramente establecido que —en aplicación del artículo 12 NCPP— es perfectamente posible imponer una reparación civil al absuelto, toda vez que está fuera de discusión que la reparación [responsabilidad civil] tiene su propia naturaleza y no necesariamente se vincula a la responsabilidad penal [fundamento cuarto]. Sin embargo, en el caso específico descarta su aplicación en el caso concreto por ausencia de un nexo causal que permita atribuir la responsabilidad civil al absuelto. Señala

[17] PÉREZ CEBADERA, M. A. “Vida o muerte de la pretensión civil tras la absolución penal por inexistencia del hecho: Estados Unidos y España”. EN: Prueba y proceso penal [coord., J.L. Gómez Colomer], Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 275-276.

el tribunal que, *si no hay forma de acreditar su participación en los hechos dañosos, no hay forma de obligarle a repararlos*. La resolución es interesante porque, por fin, se establece una diferencia entre el análisis de la responsabilidad civil y penal. Queda claramente establecido que no existe una relación de subordinación entre ellas y que exige un análisis diferenciado.

Pese a ello, en los supuestos de atipicidad, no punibilidad, la presencia de una causa de justificación y, en algún caso, algunas reglas de prescripción, no siempre extinguen la acción civil porque precisamente existe un daño de carácter civil que si bien no acredita la presencia de un delito, sí comprueba la necesidad de una indemnización por el daño causado.

Un supuesto clásico que se presenta en muchas ocasiones viene dado por el hecho de que es común que se denuncie a título de estafa, lo que en sentido estricto constituye un incumplimiento contractual en el que no media la presencia de dolo, o un engaño que configure el tipo delictivo. Sin duda, en este caso se debe decretar el sobreseimiento o la absolución por atipicidad; sin embargo, si se verifica el incumplimiento (el hecho que genera responsabilidad civil), el órgano jurisdiccional está obligado a dictar una indemnización por daños y perjuicios en la resolución de sobreseimiento o en la propia sentencia absolutoria.

También es posible que se dé inicio a un proceso penal en el que se imputa a determinada persona un delito de daños; y sin embargo, es posible también que en ese procedimiento se establezca que el daño existe, pero que fue ocasionado en forma negligente. El NCPP también permite que el órgano jurisdiccional obligue al pago de una indemnización por el daño causado, aun cuando es imposible sancionar penalmente al responsable por causal de atipicidad, en tanto nuestro CP no regula la figura de daños culposos. Cosa distinta es que en el proceso penal se demuestre la inexistencia del daño o que el mismo no es imputable al procesado ni a título de dolo ni a título de culpa. El primer caso se corresponde con un supuesto de inexistencia de responsabilidad penal; el segundo, con un supuesto de inexistencia del hecho o, si se quiere, de inexistencia del hecho que ha constituido —en tanto hipótesis— el objeto procesal.

4. CAMBIO DE HÁBITO

Existe otro problema fundamental que es bastante antiguo en la doctrina jurisprudencial y que considero que también es consecuencia, aunque de una manera menos directa, de la confusión que ha sido objeto de estudio en este análisis.

En nuestro sistema procesal penal, no en pocas ocasiones, se activa el análisis de la condición de agraviado, *desde la estricta perspectiva de la tipicidad penal*, como si solo ella fuera de capaz de indicarnos quién es el sujeto perjudicado como consecuencia de la acción u omisión que conforma el objeto del proceso.

Analicemos algunos ejemplos:

- Juan, conduce un vehículo en absoluto estado de ebriedad y colisiona contra el garaje de Pedro, destrozándolo.
- En un concurso público de contratación, para la adquisición de bienes para el Estado, existe una concertación entre los funcionarios encargados de otorgar la buena pro y uno de los postores. Se entiende, que tal infracción causa un perjuicio al erario público o al correcto desenvolvimiento de la Administración Pública; sin embargo, existen otros postores que invirtieron tiempo y dinero en su propuesta y que se encuentran claramente perjudicados por el hecho que es objeto del proceso, en lo que podría constituir un supuesto de daño emergente.
- Iván comete delito de fraude procesal en un proceso civil originado en virtud de una demanda interpuesta contra Santiago por obligación de dar suma de dinero. Si bien Iván realiza una conducta que, desde la perspectiva del Derecho penal, afecta el normal funcionamiento de la Administración de Justicia, es evidente que la acción también perjudica económicamente a Santiago.

Si revisamos cuál ha sido la concepción de nuestros tribunales en la aplicación del CPP 1940, se podrá apreciar que en todos estos casos y en casos similares la noción de sujeto pasivo de la acción, o sujeto pasivo del delito, de dudosa construcción conceptual, suele absorber toda la discusión jurisprudencial, incluso en el ámbito de la acción

civil, como si solo de ello dependiera la posibilidad de ejercer una acción civil en el proceso penal.

En estos casos, nuestro sistema procesal penal (sobre todo en aplicación del CPP 1940) suele impedir la participación de los perjudicados en el proceso. Por regla general, se sostiene que determinada persona no puede participar en el proceso penal si se tiene en cuenta que, atendiendo a la naturaleza del delito y al bien jurídico protegido por él, no estamos frente a una "figura" que lo "concibe" como agraviado.

En el primer ejemplo, y en la línea de nuestro análisis anterior, se sostendría que no existe la figura de daños culposos. Pero además, se sostendrá que siendo que en este caso se ha cometido un delito contra la seguridad pública (peligro común), este se realiza en agravio de la sociedad (algunos jueces dirían, en el colmo del absurdo, un delito "contra el Estado"), no del particular (se entiende, de Pedro, dueño del garaje hecho añicos).

En el segundo ejemplo se dirá que el bien jurídico protegido es el "normal funcionamiento de la Administración Pública", sin caer en cuenta que quien participa, involuntariamente, de un concurso fraudulento (los postores que no conciertan), se ve seriamente afectada con la violación de las "reglas del juego". No solo se perjudica el Estado, ya sea porque adquiere un bien de menor valor o menor calidad, ya sea porque, sencillamente, se violan las reglas impuestas para que la adquisición de bienes y servicios se realicen con transparencia^[18]. Evidentemente, se perjudica a aquel que participó convencido de que la licitación sería un concurso justo, en el que participa en igualdad de oportunidades, asumiendo un daño emergente y, eventualmente, un lucro cesante por la ocasión del hecho que constituye el objeto del proceso.

[18] Dato que cobra mucho más relevancia con la presencia de una nueva tipificación del delito de Colusión que no necesariamente exige un perjuicio económico al Estado. En estos casos, incluso, podría sostenerse que el Estado no es perjudicado por el delito (consideraciones extrapatrimoniales aparte), pero que el particular sí puede serlo. Lo curioso es que la tendencia —equivocada— es la de incluir a quien no ha sido perjudicado y excluir a quien sí lo ha sido.

Lo mismo sucedería con el tercer ejemplo. Se dirá que el fraude procesal se realiza en agravio de la Administración de Justicia y, por tanto, el agraviado no puede ser un particular. Sin embargo, es claro que tal situación puede afectar seriamente los derechos de Santiago que también participa en ese proceso y que, naturalmente, participa en el orden al cumplimiento de unas expectativas mínimas en función del respeto a las reglas procesales.

Sin duda, estos ejemplos también cuestionan seriamente la mirada que suele existir de la acción civil, desde un prisma que, evidentemente, lo confunde con el proceso penal. ¿Tiene sentido este razonamiento? Sin duda, y a pesar de ser un razonamiento frecuentemente utilizado en el sistema procesal peruano, no lo tiene.

Si se asume lo que se ha dicho hasta aquí en torno a un giro decisivo en la concepción del ejercicio de la acción civil del proceso penal, es evidente que también debe existir un *cambio de hábito* en el planteamiento de estos problemas. Porque si el nuevo sistema procesal penal permite que se declare la existencia de responsabilidad civil y la obligación del pago de una reparación por el daño causado, incluso en una sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento, entonces es evidente que ello permite, sin duda, que también se considere como perjudicado a un sujeto determinado cuando las consecuencias del objeto procesal lo perjudican.

Seguirá siendo indispensable definir quién es el sujeto pasivo de la acción o el sujeto pasivo del delito, a efectos de establecer si se cumple o no, con ciertas cuestiones vinculadas al ámbito de la tipicidad y punibilidad; esto es, con situaciones que definan la existencia de responsabilidad penal de una persona. Pero estas cuestiones, esencialmente penales no tienen por qué afectar la posibilidad de discutir un daño civil, vinculado a la existencia de una situación concreta: que alguien destruyó mi garaje en estado de ebriedad; que mi "competidor" cometió fraude en el concurso público; que quien me demandó utilizó armas ilícitas para ganar un proceso.

No se quiere decir con esto que el nuevo sistema procesal establece una vía abierta para que cualquier concepto indemnizatorio pueda discutirse en la vía penal, como si de pronto esta adquiriera una libertad absoluta para pronunciarse sobre conflictos netamente

civiles. Desde luego que esto deberá ser resuelto al inicio de una investigación penal que solo podrá incluir hechos que constituirán luego el objeto procesal, y que al menos deberán tener apariencia delictiva, no se podrá someter un hecho, claramente atípico desde la perspectiva penal, al conocimiento de la jurisdicción penal, ni siquiera desde la perspectiva del objeto civil.

Sin embargo, si la naturaleza atípica del hecho u otro presupuesto procesal se presentan para imposibilitar la sentencia penal en el transcurso del proceso, no significa que no deba declararse la responsabilidad civil que haya sido efectivamente demostrada. De la misma manera que tampoco podrá impedirse el pago de una indemnización cuando una persona lo merezca a consecuencia de un hecho comprobado judicialmente, independientemente de cuál sea el bien jurídico protegido, el titular del mismo y el sujeto pasivo de la acción o del delito, que es como puede ser calificado ese hecho generador de responsabilidad civil.

5. EL ACUERDO PLENARIO

En base al análisis de los principales problemas descritos en este artículo, el Acuerdo Plenario N° 5-2011-CJ-116 de 6 de diciembre de 2011, aborda la problemática de la acción civil en el proceso penal^[19].

5.1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN CIVIL

El Acuerdo señala, en forma expresa, que la participación del Ministerio Público en la acción civil acumulada al proceso penal es por sustitución, y que representa un interés privado. En tal virtud, anota lo dispuesto por el artículo 11 NCPP, cuando señala que la intervención del Ministerio Público cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso.

Al adoptar esta posición el Pleno Jurisdiccional zanja el debate referido a la interpretación del artículo 349.1.g) NCPP. Porque si bien

^[19] El autor de este artículo participó como expositor en este Acuerdo Plenario. Existen varios pasajes del Acuerdo que recogen opiniones muy similares al artículo "La acción civil en el proceso penal", publicado en la revista Derecho PUCP N° 65 en el año 2011, antes del Pleno.

es cierto que la solicitud del “monto de la reparación civil” forma parte del contenido de la acusación —y por tanto, su cumplimiento puede estar sometido, como requisito, al control formal—, es evidente que es necesaria una interpretación sistemática de esta norma con el artículo 11 NCPP.

En estricto, la acusación fiscal debe contener el monto de la reparación cuando el perjudicado no se ha constituido en actor civil^[20]. Solo en estos casos puede someterse la acusación a un control formal para que cumpla con dicho requisito. Sin embargo, si existe constitución del actor, la obligación del Ministerio Público de sustituir al perjudicado —por expresa mención del artículo 11— cesa. No hay entonces vacío normativo ni contradicción. Si la obligación no existe, el requisito incorporado por el artículo 349.1.g) no es exigible^[21].

Por otro lado, el Acuerdo califica al artículo 12.3 NCPP como la modificación más importante, en la medida que, como ya se dijo, en los casos de absolución y sobreseimiento, el orden jurisdiccional (penal) no debe “renunciar”, necesariamente, a la reparación del daño causado por el hecho que constituye el objeto del proceso^[22], incluso cuando ese hecho —siempre ilícito— no puede ser calificado como infracción penal.

^[20] En el caso de una pluralidad de perjudicados, el Fiscal solo sustituye a aquellos que no se han apersonado. En el proceso penal existen tantas acciones penales como acusados; y, tantas acciones civiles como perjudicados. Debe analizarse de forma individualizada; y, desde luego, es fundamental individualizar, también, el monto que corresponde a cada uno.

^[21] Lamentablemente, en algunos lugares, hay quienes insisten en una interpretación literal del artículo 349, y realizan un control formal de la acusación para exigir al Ministerio Público que se pronuncie por la reparación civil, incluso cuando existe constitución del actor civil en el proceso. Desconocer la necesaria interpretación sistemática que exigen los artículos 11 y el 349 es un despropósito que está obligando a muchos fiscales a ejercer una acción civil que no les corresponde. Lo que lleva a desnaturalizar la institución y a emitir resoluciones contrarias al texto claro y expreso del artículo 11 NCPP. Es necesaria una visión más abierta, sistémica y coherente, para acabar con este absurdo.

^[22] Es importante precisar que en este caso (fundamento jurídico 8) el Pleno utiliza la expresión correcta, “daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso”. En efecto, el daño deriva de un hecho que forma el objeto procesal, no deriva necesariamente —como equivocadamente señala el artículo 11.1 NCPP— de un hecho punible.

Es interesante la postura del pleno porque desarta esa vieja y equivocada tesis de confundir el ilícito civil y el ilícito penal. Confusión que se origina en un dato, puramente procesal, la acumulación de pretensiones. La misma que como se ha dicho, está vinculada estrictamente a la economía procesal y a la unidad de respuesta del ordenamiento jurídico, por lo que no acarrea ninguna variación de los criterios que rigen la responsabilidad civil. No existe una responsabilidad civil en el Derecho penal. Existen reglas de responsabilidad civil, aplicables a todos los casos.

5.2. CONSTITUCIÓN DEL ACTOR CIVIL

Probablemente el desarrollo más interesante del Acuerdo está referido a los requisitos que deben cumplirse para la constitución del actor civil.

5.2.1. DAÑOS Y *QUANTUM*

El Acuerdo entiende que es necesario que el actor civil precise el *quantum* indemnizatorio que pretende. Debe individualizar el tipo y avance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Según el Acuerdo, con esta medida el NCPP persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial, toda vez que *la práctica revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.*

Esto es cierto, existe una absoluta falta de hábito en los abogados del actor civil para introducir una pretensión civil expresa, probar el daño y exigir un monto específico por concepto de indemnización en el proceso penal. En la aplicación del CPP 1940, la parte civil se ha limitado, siempre, a pronunciarse sobre aspectos vinculados a la responsabilidad penal que no siempre le competen. No se realiza ningún análisis en relación al nexo de imputación objetiva y subjetiva que, según las reglas del Derecho civil, existen entre el daño y la conducta que se somete a proceso. Dato que constituye el elemento central del debate en el ámbito de la acción civil acumulada al proceso penal.

La participación de los abogados de la víctima en el proceso penal, constituida fundamentalmente por especialistas en Derecho penal, tiene en nuestro actual sistema, una participación que podría calificarse de paupérrima en el conocimiento, manejo y explicación de las reglas del Código Civil. Hoy, si se tiene en cuenta que la sentencia condenatoria no configura un requisito de la declaración de responsabilidad civil, se manifiesta de forma mucho más intensa la obligación de estos abogados de participar en la prueba y teoría del caso que permita identificar la responsabilidad civil exigible en el proceso penal, y el NCPP debe impulsar un cambio de hábito en ese sentido.

Existe una terrible desproporción entre las indemnizaciones que se otorgan en sede civil y aquellas fijadas en un proceso penal, aun cuando se trata de hechos generadores de daños idénticos; como si de pronto, el orden jurisdicción penal estuviera obligado a actuar con una benevolencia que sería inexplicable en sede civil.

Considero que este también es un problema generado a raíz de una concepción errada, de la responsabilidad civil como factor punitivo o como interés social, y es una distorsión que genera un serio riesgo para el interés del Estado de regular una acumulación de pretensiones que facilite la administración de Justicia.

Este nuevo Código debe constituir la piedra angular de un cambio de hábito fundamental que obligue a los actores a trabajar con las instituciones de derecho privado y a propiciar que el orden jurisdiccional penal pueda satisfacer, con la misma seriedad que se le exige al orden jurisdiccional civil, la *reparación* de un daño ocasionado por el hecho que constituye el objeto del proceso. Esa es la motivación de la acumulación de acciones y no, la de obtener una reparación o indemnización de menor cuantía en sede penal.

5.2.2. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE

El Acuerdo aborda la problemática relativa a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101 NCPP señala que la constitución deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria, por lo tanto, cabe preguntarse si es posible que esta petición ocurra durante las Diligencias Preliminares o, si en su caso,

es indispensable que —previamente— se haya formalizado la investigación. El Acuerdo es categórico en mencionar que esto solo puede ocurrir durante la Investigación Preparatoria. Es imposible introducir (acumular) una pretensión resarcitoria cuando no existe un objeto procesal formalmente configurado.

Sin duda, el factor más polémico del Acuerdo es el vinculado a la necesidad de una audiencia previa para la constitución del actor civil. Según este, cuando el artículo 102 (que regula el trámite de la constitución del actor civil) realiza una remisión al artículo 8, lo que establece es que la fijación de la audiencia es un *acto procesal previo indispensable*. Además, siguiendo la lógica de esa remisión, la presencia del Fiscal es necesaria, y *facultativa* para las demás partes o actores. Fundamenta su decisión en la lógica consecuencia del cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad, publicidad y contradicción. Finalmente, el acuerdo declara que el plazo de tres días fijado por el artículo 102.1 NCPP hace referencia al paso de expedición de la resolución correspondiente, la misma que debe proferirse, como paso posterior, a la realización de la audiencia.

En efecto, el problema que plantea el artículo 102.2, es la remisión expresa que realiza al artículo 8 NCPP. Aquella indica que el artículo 8 rige “en lo pertinente y a los solos efectos del trámite”. Como puede apreciarse de su lectura, esta norma —al regular el trámite de las cuestiones y las excepciones— dispone en su numeral 2 que, dentro del tercer día de la solicitud, el Juez señalará fecha para la realización de la audiencia, la que se realizará *con quienes concurran a la misma*. El Fiscal está obligado a asistir y debe exhibir el expediente fiscal para su examen inmediato por el Juez. Siendo así, es obvio que la fijación de audiencia previa —por remisión— conforma el trámite fijado por el NCPP para resolver la constitución del actor civil. Por lo tanto, desde la perspectiva de la legalidad procesal, la audiencia es *indispensable*.

Siguiendo este razonamiento, el acuerdo menciona en forma expresa que no es posible deducir de la ley que la audiencia solo se llevará a cabo *ante la oposición de una parte procesal*, en tanto es una interpretación que viola el principio de legalidad procesal. Aunque también señala [fundamento 19] que dicha vulneración no necesariamente debe configurar una nulidad de actuaciones, porque esta tiene

como presupuestos, además de la vulneración de la ley, la generación de una indefensión material a las partes procesales o una absoluta desnaturalización del procedimiento que sea lesiva a los principios y garantías que son insustituibles. Lo que supone que la nulidad de actuaciones, en el caso específico, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional que se generen con la violación procesal.

Esta decisión ha sido fuertemente criticada por algunos sectores, que entienden que es un criterio errado. Se sostiene que en los casos en los que no existe oposición a la solicitud de constitución en actor civil, tampoco existe contradictorio, por lo que la oralidad en realidad se limita a una exposición unilateral que conlleva la realización de audiencias innecesarias y una recarga procesal lesiva para los intereses de la administración de justicia.

Esta posición ha llevado a que en algunos sectores donde se aplica el NCPP exista un apartamiento del Acuerdo Plenario, muchas veces en bloque, que desconoce sus alcances. Es el caso de la resolución emitida por el Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria de Cajamarca [Exp. N° 01248-2011-1-0601-JR-PE-02], que resolvió apartarse del Acuerdo Plenario N° 05-2011/CJ-116 en base a los siguientes argumentos:

Que en reunión de jueces de todas las instancias del nuevo modelo procesal penal de la provincia de Cajamarca, se acordó apartarse del Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116, por cuanto el mismo resulta contradictorio; ya que señala expresamente que la concurrencia de los sujetos procesales —excepto el Ministerio Público— es facultativa.

Al no ser necesaria la presencia del solicitante, se contraviene el principio de oralidad, pues este no estaría obligado a sustentar oralmente su pedido, por lo que el Juez en audiencia tendría que asumir el papel de interlocutor e incluso de parte, en caso se haya producido alguna oposición (por sujeto distinto al Ministerio Público) fracturándose el principio de imparcialidad e inmediatez.

Se lesiona el principio de contradicción, pues en caso exista oposición y tanto el solicitante como el oponente no concurren a la audiencia, no podrá correrse traslado de la oposición al accionante que es el llamado a absolverla.

En caso no exista oposición, se llevará a cabo una audiencia, a la cual no están obligadas a concurrir las partes procesales (salvo el Ministerio Público) para que el Juez determine únicamente si la solicitud cumple con los requisitos de fondo exigidos por nuestro ordenamiento procesal penal, declarando la procedencia o improcedencia de la constitución en actor civil, afectándose el principio de celeridad y economía procesal; pues este mismo pronunciamiento bien puede emitirse sin la necesidad de llevar adelante una audiencia que dilate el proceso y recargue las agendas de los órganos jurisdiccionales^[23].

Lo primero que debe sostenerse, frente a esta crítica, es la necesidad de establecer una vía razonable para cuestionar los acuerdos plenarios de la Corte Suprema. Según el artículo 22 LOPJ, los jueces pueden apartarse de un criterio de obligatorio cumplimiento en el *caso específico*. Además, debe ser por excepción. Introducir en nuestro ordenamiento procesal la práctica de “compartimentos estancos” donde cada provincia tiene su propia percepción de las reglas procesales es, hoy por hoy, el riesgo más grave que enfrenta la reforma procesal. La excepción, bien entendida, debe estar motivada por razones de inconstitucionalidad manifiesta. No estar de acuerdo con la interpretación

[23] Otro de los argumentos utilizados en la resolución, es el fundamento 19 del Acuerdo Plenario, que establece que no toda violación a esta regla (audiencia previa) configura la nulidad de actuaciones. Sin embargo, el razonamiento del órgano jurisdiccional en este extremo es absolutamente inconsistente. Si la decisión del Juez es la de apartarse, no tiene sentido que funde su decisión en un argumento —del propio Acuerdo— que además, involucra un análisis que debe hacerse *a posteriori*, no con el pedido. Lo que viene a decir el Acuerdo plenario es que la audiencia, por mandato legal, es obligatoria. Luego, explica que dicha violación procedimental (la no realización de la audiencia), no siempre acarrea la nulidad (se entiende, absoluta) ya que esta requiere de dos requisitos que deben cumplirse en el caso específico (indefensión material o manifiesta impropiedad del procedimiento). Como es obvio, el Pleno entiende que, cuando se solicite la nulidad de una constitución del actor “sin audiencia”, esta puede ser subsanada cuando no acarree una nulidad absoluta. La subsanación evitará la nulidad de todas las actuaciones producidas desde el agravio. Pero, es materialmente imposible que un Juez evalúe el fundamento 19 al momento del pedido de constitución, debe evaluarlo cuando se le solicite la nulidad.

que hace la Corte Suprema, o no considerarla idónea y funcional, no es suficiente. No es esta la forma en la que debe funcionar el sistema^[24].

Recuérdese que en este caso lo único que ha hecho el Pleno es desarrollar lo que dice el *texto claro y expreso* de la ley. Lo que al parecer no entiende la resolución en comentario es que no solo se está apartando de un criterio de observancia obligatoria. Está realizando una suerte de "control difuso", inaplica el artículo 102.2 NCPP, y no existe ninguna razón de rango constitucional que justifique esa decisión. No es lo mismo apartarse de una interpretación normativa que, apartarse de la única interpretación posible. No podemos convertir la legalidad procesal en "papel mojado", sujeta a las críticas de cualquiera, por muy loables que sean estas en el ámbito funcional.

Cabe preguntarse, ¿es esta la única audiencia en la que la presencia de alguna de las partes es facultativa? La respuesta es no. De hecho es una norma de remisión, por lo que este mismo criterio se aplica a otros procedimientos. No se explica por qué el Juez que emite la resolución aplica este razonamiento para este caso, y no para los demás.

Nótese que ni el NCPP, ni el Acuerdo Plenario establecen que el Juez debe convertirse en interlocutor de las partes frente a la ausencia de alguna de ellas. La resolución realiza una inferencia para alegar una supuesta violación de la imparcialidad judicial, que el acuerdo y la ley, no proponen.

Por otro lado, llama poderosamente la atención que se entienda que la presencia facultativa de las partes afecta el principio de oralidad, y que la "solución" a esa supuesta violación sea *suprimir* la necesidad de una audiencia previa. Exactamente lo mismo ocurre con la supuesta violación al principio de contradicción. Entiende el Juez que en los casos que exista oposición, y siempre que el solicitante y el oponente no concurran a la audiencia, no podrá correrse traslado de la oposición al accionante que es el llamado a absolverla. Pero una vez más

^[24] Es perfectamente posible que los magistrados realicen una crítica académica y propongan la modificación de ciertas normas que no consideren adecuadas para el proceso penal. Pero la divergencia de opiniones vinculada a la idoneidad de tal o cual procedimiento, no puede erigirse siempre en la inaplicación del mismo. No es tan sencillo.

la "solución" es suprimir la audiencia, por lo que el razonamiento es absolutamente circular.

La resolución sostiene que en los casos que no existe oposición a la constitución del actor civil, la audiencia es innecesaria (no hay debate posible), por lo que se afecta la celeridad y la economía procesal. Este es otro criterio con el que hay que tener mucho cuidado. La celeridad procesal se erige como garantía de los justiciables, en la institución del plazo razonable. La evaluación requiere una percepción de conjunto, pero eso no significa que cualquier procedimiento —por innecesario que sea— configure una violación constitucional. Los jueces no están en capacidad de "evaluar" los procedimientos necesarios y los —supuestamente— innecesarios, y a partir de un criterio absolutamente subjetivo subordinar la legalidad procesal por un argumento vinculado a la carga administrativa. O lo que es más grave, a la consideración de un juez o un grupo de jueces en relación a lo que ellos consideran como una carga para la administración de justicia. Desde la perspectiva de la interpretación normativa, la consideración de un procedimiento como "innecesario" es una opción demasiado subjetiva y peligrosa. Además, alegar que la celebración de una audiencia configura una violación de la celeridad procesal, es absolutamente desproporcionado.

En consecuencia, no considero que existan razones para un apartamiento absoluto del Acuerdo, ni para "suprimir" la audiencia regulada por los artículos 8 y 102 NCPP en la constitución del actor civil, sin que se acuda, primero, al trámite de una necesaria reforma del NCPP. Pero ello no significa que no deban abordarse estos problemas en vía de un análisis de *lege ferenda*. Además, considero que el Acuerdo, lamentablemente, no analiza la problemática de manera integral.

Sin ninguna duda, es necesario abordar de manera integral el problema de la realización de audiencias sin la presencia de alguno de los sujetos procesales, sobre todo cuando se trata del "petionario". Porque es cierto que un proceso de corte acusatorio, esencialmente contradictorio, que se estructura en base a la celebración de audiencias y a un juez imparcial, no se concibe a partir de un debate donde el petionario no participa. El debate nace a partir de la proposición, y es lógico entender que si no hay proposición, no hay debate. Algo muy

similar ocurre cuando, quien ejerce —o debería ejercer— la oposición, no acude a la audiencia^[25].

En esta línea de ideas, de *lege ferenda*, es coherente pensar que si la ley procesal considera que es indispensable la celebración de una audiencia para ciertas decisiones, una lógica consecuencia del establecimiento de una *audiencia obligatoria*, es que esta, necesariamente debe contar con la presencia del peticionario, y en su caso, del opositor.

Aun cuando este autor no está totalmente de acuerdo con utilizar la figura de la inadmisibilidad para resolver la ausencia de los peticionarios en las audiencias donde deben verbalizar su pedido escrito —utilizado en el ámbito recursal y en otros procedimientos por la jurisprudencia—, considero que es una figura que tiene mucho más sentido en un escenario donde se discute un derecho privado, de carácter dispositivo. Sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 13 NCPP permite que el actor civil se desista de su pretensión de reparación civil hasta antes del inicio de la Etapa Intermedia, y esto no perjudica su derecho a ejercerla en la vía de proceso civil. Por lo que —se insiste, de *lege ferenda*, como motivación para un cambio normativo— es absolutamente posible considerar la ausencia del peticionario y el opositor a la audiencia de constitución del actor civil, como un *desistimiento*.

Ahora bien, mientras no exista una reforma de ley, es necesario establecer los alcances del NCPP para resolver la situación que se presenta actualmente, sin violar la legalidad procesal. En el ámbito de la interpretación del Acuerdo, es necesario diferenciar la obligación de *celebrar una audiencia*, con la necesidad de *celebrar un debate*. Como se ha dicho, no tiene sentido la celebración de un *debate* sin la presencia del peticionario, en la medida que su naturaleza es la de facilitar un contradictorio que colabore con la formación de la decisión. Y el

^[25] Sin embargo, es mucho más grave la ausencia del peticionario. El inicio es un dato esencial en el contradictorio. Resulta mucho más lógico “oír en audiencia” a un peticionario sin opositor; que, oír a un “opositor” sin la presencia del peticionario. En cualquier caso, si la presencia de ambos fuera obligatoria, se zanja la discusión. Lo ideal es que la ausencia en la audiencia involucre el desistimiento de la pretensión (solicitud u oposición), así existiría mucho más claridad.

debate, el contradictorio, solo nacen con la postulación. Por lo tanto, lo que el Código hace es establecer la obligación de fijar una audiencia como manifestación de la tutela judicial efectiva. Tratándose de la constitución de una parte procesal, parece lógico que se agoten todas las posibilidades para que los sujetos procesales puedan pronunciarse oralmente, al punto, que se les permita incluso ejercer oposición en la misma audiencia. Por lo tanto, fijada la audiencia, se salvaguarda el derecho a la defensa de todos los sujetos procesales desde la perspectiva del *acceso*. Cosa distinta es que sean ellos los llamados a decidir cuándo acudir y en qué supuestos ejercer la contradicción.

Es absolutamente legítimo que el código obligue al Juez a fijar a audiencia, pero no que lo obligue a celebrar un debate, esto es imposible cuando no existe contradicción y cualquier solución que asuma el Juez para motivarlo, viola su imparcialidad y la propia esencia del contradictorio. Por lo tanto, en el estado actual, la audiencia es obligatoria y la presencia de todas las partes no, pero ello no significa que la ausencia de alguna de ellas no tenga consecuencias jurídicas evidentes, como es la lógica no realización del debate, cuando es imposible por ausencia de contradictorio. No considero contrario al Acuerdo Plenario, el hecho que se defina la necesidad de *fijar* una audiencia, pero que ello no suponga —necesariamente— que debe celebrarse necesariamente un debate sin opositor o peticionario (que por lo demás, es imposible). Debe analizarse cada caso.

Mientras no exista una reforma, el modelo que plantea el NCPP para la constitución del actor civil es —quíerese o no— mixto. Con la presencia de las partes habrá un contradictorio previo a la decisión. Sin su presencia, existe un trámite esencialmente escrito y la audiencia se vuelve necesaria a efectos de que el Juez tenga contacto con la carpeta y los medios de prueba que el propio NCPP exige como condición para evaluar la procedencia del pedido. Desde luego, el ideal, es una reforma. Mientras ello no ocurra, la audiencia debe ser celebrada con los asistentes que concurran. Sin embargo, ni se debe celebrar un debate donde no lo hay, ni se debe suprimir una audiencia que desde la legalidad procesal es obligatoria.

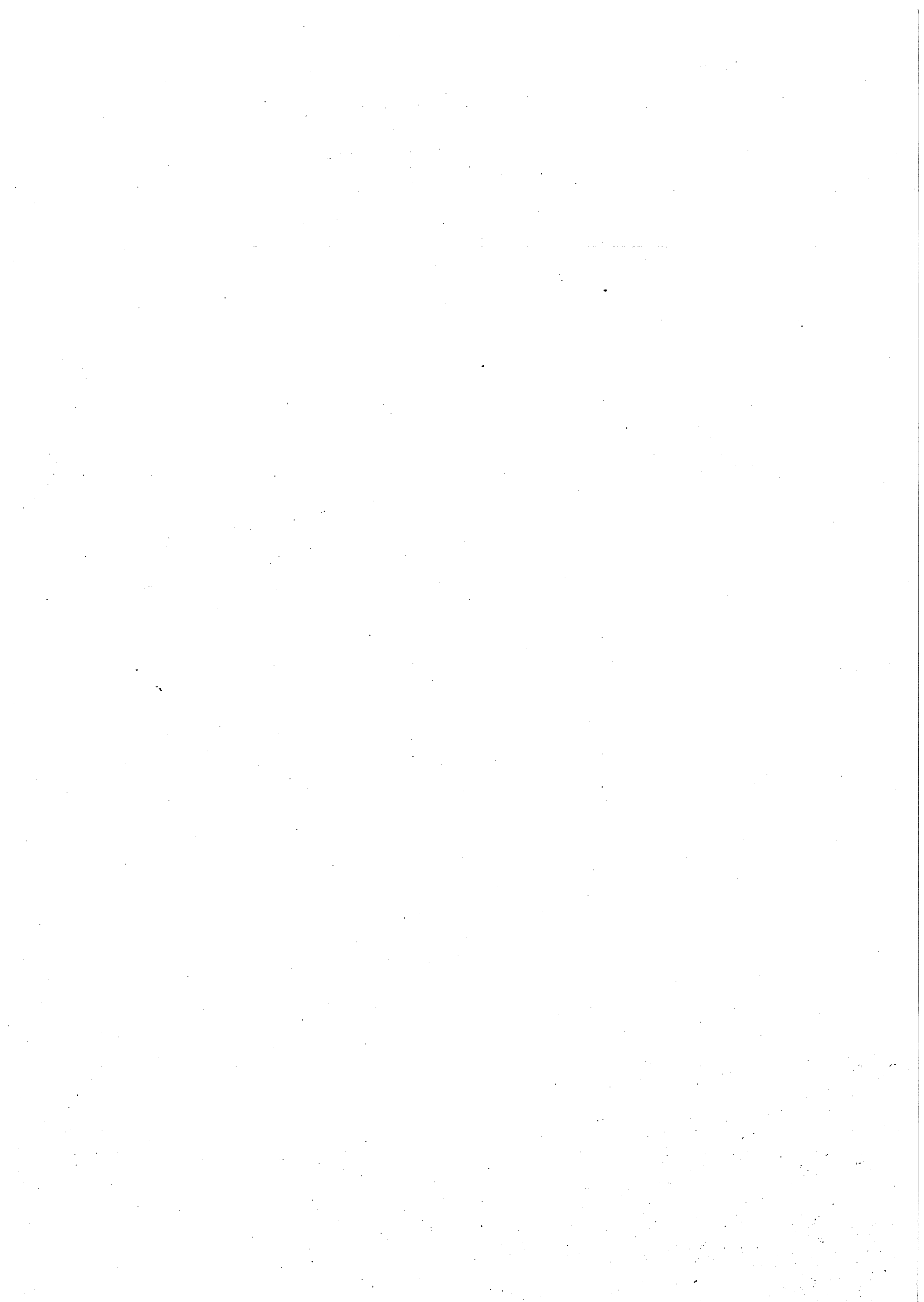
No obstante ello, es cierto que es necesaria una reforma que fije las consecuencias aplicables —en todos los casos— a la presencia o

ausencia de los sujetos procesales a las audiencias públicas^[26]. Es necesario delimitar qué se entiende por asistencia obligatoria a la audiencia, en la medida que por aquella cabe entender el *deber* que tiene el Juez de reprogramar la misma, incluso frente la ausencia injustificada. Sin embargo, que no sea obligatorio acudir a la audiencia, no quiere decir que no puedan desprenderse consecuencias jurídico-procesales por la ausencia, sobre todo, en el caso del peticionario. Quien no ejerce contradicción en la audiencia, por la razón que fuere, en un proceso esencialmente oral, no debería esperar una decisión que lo favorezca.

Por lo tanto, más allá de la fundamentación específica de la resolución analizada —con la que, como se ha visto, no estamos en absoluto de acuerdo— las críticas de base que se realiza al Acuerdo Plenario son en esencia correctas, es necesario un debate académico y una proposición de reforma en este ámbito. Un análisis crítico de los artículos 8 y 102 puede conducirnos a la conclusión de que la presencia facultativa del peticionario no es una regulación idónea para un proceso acusatorio y que la realización de una audiencia sin debate, carece por completo de sentido. Esto es cierto. Pero ni ello debe llevarnos a inaplicar normas en detrimento de la legalidad procesal y de la previsibilidad del sistema, ni debe conducirnos a que la supresión de la audiencia sea la solución a la ausencia de un debate, el remedio termina siendo peor que la enfermedad.

El camino, se insiste, es el planteamiento de una reforma. La tesis de aquello que consideramos idóneo, no puede superponerse a la legalidad procesal. De lo contrario, se incurre en la subordinación de la legalidad procesal, a lo que cada Juez entienda como el “ideal”, y eso no tiene sentido. No siempre vamos a estar de acuerdo con lo que resuelva la Corte Suprema. Esto es imposible entre los seres humanos. Y la crítica, debe ser bienvenida, sobre todo en el debate académico y en las propuestas de reforma legislativa. Pero inaplicar aquellas disposiciones con las que no estamos de acuerdo, por opinión, por razones prácticas, por aquello que consideramos óptimo, conduce a la anomia.

^[26] Además, es indispensable uniformizar el criterio y evaluar la presencia de las partes en la audiencia como una regla general, con algunas excepciones —siempre necesarias— en el caso específico. Que en unos casos se resuelva con la inadmisibilidad, en otros se resuelva sin debate previo, en otros se “fuerce” el debate; es fatal para el desarrollo de un sistema que pretende ser coherente.



**LAS PRETENSIONES CIVILES EN
EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004**

VÍCTOR JOE MANUEL ENRIQUEZ SUMERINDE^(*)

^(*) Juez del Primer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

En la aplicación del Código Procesal Penal del 2004 en los diversos distritos judiciales de la República (en adelante CPP), se adolece de la existencia de un verdadero juicio de reparación civil, derivado ello de la falta de comprensión de la naturaleza jurídica de la acción civil en el proceso penal, así como de su integración, su determinación, cuantificación en la sentencia y su ejecución procesal, peor aún sucede respecto de las medidas cautelares de naturaleza real. Situación que, en menor grado, sucede en cuanto a la pretensión punitiva, por cuanto si bien se realiza un juicio de responsabilidad penal, no existe un verdadero juicio de punibilidad, en el cual se discutan las sanciones penales tanto para personas naturales como para personas jurídicas.

Es por estos motivos que partiremos de los conceptos básicos de una teoría general del proceso y, a partir de ello, procederemos con aclarar cada una de las instituciones reguladas en nuestra norma adjetiva, lo que permitirá identificar las diversas pretensiones a formularse dentro de un proceso penal.

En principio, debemos aproximar un concepto de tutela jurisdiccional efectiva, del derecho de acción, legitimidad para obrar, interés para obrar y pretensión, labor hartamente compleja y que incluso ha generado debates en la doctrina procesal; sin embargo, a fin de comprender las distintas pretensiones a formularse en un proceso penal, utilizaremos los conceptos que mejor nos permitan explicarlas, sin que ello determine que la concepción adoptada prevalezca académicamente sobre las demás.

2. CONCEPTOS ESENCIALES DE LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO.

2.1. CONCEPTO DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA:

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha conceptualizado el referido derecho de la siguiente manera: *“el derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 139, inciso 3, donde si bien aparece como principio y derecho de la función jurisdiccional, es claro tanto para la doctrina unánime como para la propia jurisprudencia de este Tribunal, que se trata de derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona a acceder de manera directa o a través de representante ante los órganos jurisdiccionales, de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida”*^[1].

Es de precisar que la materialización de este derecho se realiza a través del ejercicio del derecho de acción y de contradicción, para lo cual deben de cumplirse con ciertas formalidades y requisitos establecidos legalmente, todo ello con la finalidad de que pueda resolverse satisfactoriamente un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica; requisitos que de ninguna manera puedan ser considerados como mecanismos que impidan u obstaculicen el acceso al órgano judicial, tal y conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 00005-2006-AI/TC^[2]

2.2. CONCEPTO DE DERECHO DE ACCIÓN:

Existen una gran variedad de teorías que tratan de explicar el concepto y la naturaleza jurídica del derecho de acción, que pueden ser

^[1] Expediente N° 4080-2004-AC/TC. Ica, F.J. 14, caso Mario Fernando Ramos Hostia.

^[2] Al derecho de acceso a la Justicia se puede establecer requisitos procesales o condiciones legales que se constituyen como sus límites, respetando su contenido esencial, mas no están comprendidas aquellas que introduzcan vías y mecanismos que impidan u obstaculicen el acceso al órgano judicial. Exp. N° 00005-2006-AI/TC F.J. 32.

resumidas en teorías de la acción como derecho concreto, autónomo, potestativo y privado, teorías de la acción como derecho concreto a la tutela jurídica y teorías de la acción como derecho abstracto. Sin entrar a establecer cada una de las teorías antes mencionadas, nos resulta suficiente lo precisado por Devis Echandia para quien el derecho de acción es *“el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante la sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie una investigación penal, previa al proceso”*^[3]

2.3. CONCEPTO DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR:

Denominada también *legitimatio ad causam*, legitimación en la causa, legitimación sustancial, legitimación para accionar, cualidad para obrar, legitimación para pretender o resistir la pretensión.

Para establecer un concepto aplicable tanto al ámbito procesal civil como al procesal penal, nos remitimos a lo indicado por Devis Echandia quien precisa que: *“tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla o éste existan; o en ser el sujeto activo o pasivo de una relación sustancial que autorice a intervenir en el proceso ya iniciado”*^[4].

Según Montero Aroca^[5], es necesario distinguir entre la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica material y la posición habilitante para formular una pretensión (legitimación activa) o para contradecirla

^[3] DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso aplicable a toda clase de procesos*, Tercera Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 189

^[4] DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso aplicable a toda clase de procesos*, cit., p. 269.

^[5] Montero Aroca, Juan. *Proceso Penal y Libertad*, Editorial Aranzadi S.A., 1ra. Edición, Pamplona, 2008, pp. 35 y 36.

(legitimación pasiva), posición que a su vez puede ser ordinaria o directa, cuando quien demanda afirma ser titular del derecho subjetivo e imputa la titularidad pasiva al demandado, o puede ser también extraordinaria o indirecta, lo que tiene lugar cuando el que demanda no afirma ser titular del derecho subjetivo o no imputa titularidad pasiva al demandado, sino que interviene por ley para proteger un interés, sea este privado, social o público.

El ejercicio de la pretensión civil por parte del Ministerio Público en el proceso penal, para algunos autores constituye un supuesto de *legitimación derivada o sucesión procesal*^[6]; para otros nos encontramos frente a una *legitimación extraordinaria por imperio de la ley*^[7]. Sin embargo, la Corte Suprema ha establecido que la participación del Ministerio Público es por sustitución, por cuanto representa un interés privado^[8].

Con respecto al tercero civil responsable, es una forma de legitimidad pasiva legal, toda vez que se encuentra previsto en nuestro ordenamiento punitivo en el artículo 95° del Código Penal.

· 2.4. CONCEPTO DE INTERÉS PARA OBRAR:

Denominada también interés procesal, interés en obrar, interés en accionar, necesidad de tutela jurisdiccional, nuevamente nos valemos del concepto del maestro Deivis Echandia para quien el interés para obrar es: *“el interés sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual, que deben tener el demandante, el demandado y los intervinientes (en los procesos civiles, laborales, contencioso-administrativos y fiscales), el imputado y procesado, el querellante o denunciante y la parte civil, e inclusive el Ministerio Público (en los procesos penales), para ser titular del derecho procesal a exigir del juez una sentencia de fondo o mérito que resuelva sobre las pretensiones u oposiciones o sobre las imputaciones*

^[6] GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, 2da. Edición, Madrid, 2007, p.263

^[7] MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad*, cit., p. 355

^[8] Acuerdo Plenario 5-2012/CJ-116, sobre constitución de Actor Civil: requisitos, oportunidad y forma; fundamento 7.

y defensas formuladas en cualquier proceso y también en el sumario o etapa de investigación previa al proceso penal^[9].

En ese mismo sentido, Ticona Postigo precisa que *“esta condición de la acción consiste en el actual y concreto estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se encuentra una persona determinada, y que lo determina a solicitar, por vía única y sin tener otra alternativa eficaz, la intervención del respectivo órgano jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el conflicto de intereses, en el cual es parte”*^[10].

En consecuencia, existirá pérdida de interés para obrar cuando uno de los sujetos procesales activos de la pretensión civil, como el actor civil y su defensa técnica, no concurren a la audiencia de juicio oral, lo que determinará que el órgano jurisdiccional declare el abandono del actor civil, conforme a lo establecido en el inciso 7 del artículo 359 del CPP^[11].

[9] DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso aplicable a toda clase de procesos*, cit., p. 251.

[10] TICONA POSTIGO, Víctor. *El derecho al debido proceso en el proceso civil*, 2ª edición, Grijley, Lima 2009, p. 452.

[11] El instituto del abandono del actor civil es exclusiva de la relación jurídica civil; en cambio, en la relación jurídica penal, la asistencia a juicio oral de los sujetos procesales se encuentra regulada en los incisos 3, 4, 5 y 6 del artículo 359 del CPP, asimismo, la asistencia a juicio de apelación se encuentra regulada en los incisos 2, 3, 4, y 5 del artículo 423 del CPP, esta última ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema en la Casación No.183-2011-Huaura, de fecha 05 de setiembre del año 2012, que en el fundamento 4.1.4 señaló: “Que, de lo expuesto entonces es de colegirse extensivamente que en los casos de inasistencia del imputado recurrido a la audiencia de apelación, no existe impedimento alguno para que dicha diligencia se lleve a cabo con la presencia de los otros sujetos procesales, incluso dicha ausencia puede ser convalidada con la asistencia de su abogado defensor, lo que asegura el resguardo de todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal prevé a su favor, en consecuencia la obligatoriedad en la asistencia del imputado recurrido tiene un aplicación relativa, pues existen mecanismos supletorios, como es la asistencia de su abogado defensor que garantizan en pleno los derechos y garantías procesales, en consecuencia, no es del caso considerar dicha inasistencia como vulneración de las normas legales de carácter procesal, debiendo interpretarse en forma sistemática lo dispuesto por el inciso dos de artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal.

2.5. CONCEPTO DE PRETENSIÓN:

Creemos suficiente el concepto del maestro Deivis Echandia quien conceptuó la pretensión como: *"el efecto jurídico concreto que el demandante (en los procesos civiles, laborales, y contencioso - administrativos) o el querellante o denunciante y el Estado a través del juez o el fiscal, según el sistema vigente (en los procesos penales), persiguen con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado (si lo hay) o al imputado y luego procesado."*^[12]

En consecuencia, tenemos que la pretensión penal es el requerimiento efectuado por el Ministerio Público o el propio agraviado en casos de delitos privados, para que el órgano jurisdiccional fije una sanción punitiva al imputado o a la persona jurídica pasible de ser sancionada.

La diferencia entre acción y pretensión es que mientras la primera solo insta el inicio de un proceso penal y su tramitación hasta la sentencia; la pretensión penal busca *"el sometimiento de alguno a la pena"*, mientras la pretensión civil busca el sometimiento del demandado (acusado y tercero civil responsable) a lo solicitado por el demandante (actor civil).

Elementos de la pretensión

- a) **Petitorio:** Llamado también *petitum* o *petitio*, es el elemento central de la pretensión, pues constituye la concreción material de la misma, por la que se establece que es lo que el pretensor quiere, en caso de la pretensión resarcitoria, viene a ser el monto de la indemnización solicitada al órgano jurisdiccional.
- b) **Fundamentos Facticos:** Que deben estar circunscritos a la existencia de un hecho ilícito, que ha generado un daño y que el mismo sea imputable a una persona, siendo estas afirmaciones las que precisamente deben ser materia de probanza en juicio oral, las mismas que resultan ser inmodificables por el órgano jurisdiccional al momento de emitir una sentencia.

^[12] DEIVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso aplicable a toda clase de procesos*, cit., p.214

- c) **Fundamentos Jurídicos:** Están constituidos por la invocación del derecho subjetivo vulnerado, en algunos casos serán derechos patrimoniales, en caso de delitos patrimoniales, y en otros casos estaremos frente a derechos subjetivos extrapatrimoniales en caso de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, o en delitos cometidos por funcionarios públicos.

2.6. LOS MEDIOS DE PRUEBA:

Constituido por todos aquellos que tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, debiendo ser objeto de prueba en el proceso penal los hechos que se refieran a la imputación, a la punibilidad, a la imposición de una pena o de una medida de seguridad, así como los hechos que sustenten la responsabilidad civil, tanto en su existencia como en su cuantificación.

El Código Procesal Civil (en adelante CPC) en su artículo 191°, distingue entre medios de prueba y sucedáneos de los medios de prueba (indicios, presunciones y ficciones), asimismo, distingue entre medios probatorios típicos (declaración de parte, testigos, documentos, pericia e inspección judicial) de los medios probatorios atípicos, en sus artículos 192° y 193°; en cambio en el CPP los hechos pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, no teniéndose en cuenta las limitaciones de la ley civil, contando como único límite la utilización de medios de prueba obtenidos mediante la vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales, conforme lo establece el artículo VIII del Título Preliminar y los artículos 157° y 159° del CPP.

3. PRETENSIONES PROPONIBLES EN EL PROCESO PENAL.

Diferenciado el derecho de acción de la pretensión y del petitorio, resulta menos complejo entender que, lo que verdaderamente existe en un proceso penal es una acumulación heterogénea de pretensiones, en razón del principio de economía procesal, principio que en sí mismo no constituye un derecho fundamental^[13]. No siendo correcta la afirmación

^[13] ASENCIO MELLADO, José María. *La acción civil en el Proceso Penal: El Salvataje Financiero*, Ara Editores EIRL, Lima, 2010, p. 47.

de una accesoriedad de la pretensión civil respecto de la pretensión penal, lo cual llevó por mucho tiempo a nuestra judicatura a establecer que *“toda condena penal necesariamente implica fijar una reparación civil”*^[14].

En consecuencia, debemos partir de la premisa que la acción civil derivada de un hecho ilícito resulta ser totalmente independiente y autónoma a la acción penal, y que solo en base al principio de economía procesal se acumulan ambas acciones en el proceso penal, en ese sentido los Magistrados de la Corte Suprema han señalado que: *“la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho”*^[15]

Diferenciada las acciones de naturaleza penal y civil, resulta menos complejo entender qué pretensiones tienen naturaleza punitiva y cuáles tienen una naturaleza resarcitoria, por lo que procedemos con identificar algunas de estas pretensiones para una mayor ilustración:

En cuando a las principales *pretensiones punitivas proponibles* de conformidad a nuestro Código Procesal Penal, tenemos:

^[14] TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La sentencia penal en el nuevo código procesal penal: su estructura y motivación*, Cooperación Alemana al Desarrollo –GTZ, Lima, 2010, p. 104.

^[15] Acuerdo Plenario N°5-2011/CJ-116 de fecha seis de diciembre del dos mil once, fundamento 10° señala: “Como se advierte, nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal. En tal sentido GÓMEZ COLOMER expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial GÓMEZ COLOMER [*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. El objeto del proceso. 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110. En otras palabras, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho”.

- a) La pretensión punitiva propiamente dicha, esto es, el pedido efectuado por el representante del Ministerio Público respecto de la existencia de un hecho delictivo y de la responsabilidad penal del acusado.
- b) Las pretensiones punitivas dirigidas contra las personas jurídicas, previstas en el artículo 105 del Código Penal, siempre y cuando el hecho punible fuere cometido en el ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo.
- c) La pretensión de decomiso de efectos provenientes del delito y de beneficios obtenidos por personas jurídicas, de conformidad a lo establecido en los artículos 102, 103 y 104 del Código Penal.
- d) Las pretensiones cautelares de naturaleza personal, como son la detención, prisión preventiva, la comparecencia, la internación preventiva, el impedimento de salida, y la suspensión preventiva de derechos^[16].
- e) Las pretensiones cautelares de naturaleza real, como son las medidas anticipadas, las medidas preventivas contra personas jurídicas e incautación.
- f) Las pretensiones tutelares de los derechos de los investigados y los acusados.
- g) Las pretensiones impugnatorias previstas en nuestra norma adjetiva a partir de los artículos 404 y siguientes del CPP.

^[16] La suspensión preventiva de derecho es la menos utilizada en las pretensiones cautelares, la misma que permite que antes de culminar un proceso se pueda disponer la suspensión temporal de los derechos contenidos establecidos en los artículos 297 al 301 del Código Procesal Penal, estableciendo cinco clases de suspensión de derechos como son: a) suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, según el caso. b) suspensión temporal en el ejercicio de un cargo, empleo o comisión de carácter público, no aplicable a cargos que provengan de elección popular. c) prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales. d) suspensión temporal de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo o para portar armas de fuego. e) prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquel o la suspensión temporal de visitas.

En cuanto a las *pretensiones de naturaleza civil* proponibles de conformidad a nuestro Código Procesal Penal, tenemos:

- a) La pretensión indemnizatoria derivada de un hecho ilícito, la misma que no necesariamente proviene de un delito, pues conforme lo ha establecido el inciso 3° del artículo 12° del CPP, puede existir sentencia absolutoria con pronunciamiento de reparación civil. Para el ejercicio de esta pretensión deben concurrir todas y cada una de las condiciones de la acción, así tenemos que existe falta de interés para obrar cuando el agraviado llega a un acuerdo con el investigado o acusado y celebra una transacción extrajudicial, siendo que nuestra norma adjetiva correctamente establece que el proceso seguirá con prescindencia de acción civil.
- b) La pretensión nulificante de las transferencias de bienes inmuebles y muebles o de obligaciones asumidas con posterioridad al hecho punible, siempre y cuando disminuyan el patrimonio del acusado y lo hagan insuficiente para la reparación, conforme a lo establecido en el artículo 97 del Código Penal.
- c) Las pretensiones cautelares; el embargo, la inhibición para disponer o grabar bienes del imputado o tercero civil, el desalojo preventivo y la ministración provisional de la posesión, medidas anticipadas, medidas preventivas contra las personas jurídicas, pensión anticipada de alimentos.

Identificadas la naturaleza de las principales pretensiones proponibles en nuestro ordenamiento procesal, en el presente artículo desarrollaremos las pretensiones de naturaleza civil, por cuanto son las que mayor problema han generado en el proceso penal.

4. PRINCIPALES PRETENSIONES CIVILES PROPONIBLES EN EL PROCESO PENAL.

4.1. LA PRETENSIÓN RESARCITORIA:

Introducida al proceso penal debe cumplir con los requisitos mínimos de toda pretensión, esto es que se consigne claramente

su petitório (petitum), sus fundamentos fácticos y jurídicos (causa petendi), así como los medios probatorios que los acrediten, para finalmente emitir pronunciamiento de fondo respecto de la referida pretensión; razón por la cual nuestro CPP ha regulado que la constitución en actor civil del agraviado solo podrá realizarse hasta antes de culminarse la investigación preparatoria (artículo 101° del CPP) debiendo presentar por escrito el requerimiento y cumplir con los requisitos legales, bajo sanción de inadmisibilidad (artículo 100° del CPP), los requisitos son: a) las generales de ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de ley de su representante legal, b) la indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder, c) el relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión, y d) la prueba documental que acredita su derecho.

El contradictorio a generarse en juicio oral sobre esta pretensión, recaerá sobre el tipo de daño ocasionado (daño patrimonial o extrapatrimonial), así como la restitución del bien o la devolución de su valor y la indemnización por los daños y perjuicios (artículo 93° CP); sin embargo, en materia civil la pretensión resarcitoria comprende todos los anteriores contenidos, pero diferenciados en daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral (artículo 1985° del Código Civil). El hecho de que en juicio oral no se logre acreditar la existencia de un delito no genera *per se* una respuesta negativa respecto de la pretensión resarcitoria, pues el daño civil proveniente del hecho ilícito, no necesariamente debe provenir de un delito, toda vez que conforme a lo establecido el inciso 3 del artículo 12 del CPP, puede existir sentencia absolutoria con pronunciamiento de reparación civil.

Debe diferenciarse que la parte activa de la pretensión resarcitoria será el actor civil y excepcionalmente el Ministerio Público -cuando el agraviado no se haya constituido en actor civil- mientras la parte pasiva de la pretensión será el acusado y el tercero civilmente responsable, pudiendo ser este tercero una persona natural o jurídica, siempre que se cumplan con las formalidades establecidas en los artículos 111, 112 y 113 del CPP.

La pretensión resarcitoria se rige por los principios dispositivo^[17] y de congruencia^[18]; razón por la cual la relación jurídica procesal resarcitoria podrá darse por concluida en el proceso penal, en los siguientes casos:

- a) Cuando el sujeto activo de la relación jurídica en forma voluntaria da por satisfecha su pretensión vía transacción, lo que determina la existencia de un proceso penal sin pretensión resarcitoria, de conformidad a lo establecido en el artículo 14 del CPP.
- b) Cuando el sujeto activo de la relación jurídica resarcitoria manifiesta su voluntad de desistirse de la pretensión resarcitoria, lo cual no perjudica su derecho de ejercerlo en la vía civil, de conformidad a lo establecido en el artículo 13 del CPP; aquella potestad no debe entenderse como un desistimiento de la pretensión, sino del proceso, por cuanto se mantiene incólume el derecho para recurrir a la vía civil, interpretación dada de conformidad a lo establecido en los artículos 340, 343 y 344 del CPC, y
- c) Cuando se disponga el abandono de la constitución en actor civil, prevista en el inciso 7. del artículo 359 del CPP, institución procesal que no está desarrollada en las normas penales, pero sí en el CPC en los artículos 346 a 354, los cuales son aplicables en forma supletoria, cuerpo normativo que regula al abandono como una forma de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, dejándose a salvo la misma para ser ejercida en la vía civil, conforme lo establece el artículo 351 del CPC.

Es de precisar que, dentro del proceso penal, puede darse una acumulación pretensiones indemnizatorias derivadas de un concurso real de delitos, toda vez que cada hecho ilícito generará no solo responsabilidad penal sino que además genera responsabilidad civil; en cambio, en un concurso ideal de delitos, solo existe un hecho ilícito

[17] ASECIO MELLADO, José María. op. cit., p. 49.

[18] ASECIO MELLADO, José María. op. cit., p. 52.

que ha vulnerado varias normas penales que generará una sola pretensión indemnizatoria por el hecho ilícito.

En cuanto a la acumulación subjetiva, esta puede darse tanto en la parte activa o pasiva de la relación jurídico procesal, pues será en la parte activa cuando sean más de una persona los responsables de responder por los daños (ejemplo: cuando por un mismo hecho ilícito son procesados varios imputados, o cuando los responsables de reparar el daño sea un solo imputado y el tercero civil responsable); en cambio, existirá una acumulación subjetiva pasiva cuando sean varios los afectados de un mismo hecho ilícito, ejemplo los herederos de un persona asesinada.

Entendidas las premisas anteriores estamos en condiciones de poder entender que nuestro nuevo ordenamiento procesal permite la existencia de autos de sobreseimiento y sentencias absolutorias con fijación de reparación civil (artículo 12.3 del CP), así como sentencias condenatorias sin pronunciamiento alguno respecto de la reparación civil (art. 13°, 14° y 359.7° del CPP).

4.2 LA PRETENSIÓN NULIFICANTE:

Que puede recaer sobre las transferencias de bienes muebles o inmuebles, o de obligaciones asumidas por el imputado y/o tercero civil con posterioridad al hecho punible, conforme a lo establecido en el artículo 97 del Código Penal, para lo cual el actor civil deberá de solicitar al Juez de Investigación Preparatoria la incorporación al proceso penal del nuevo propietario del bien mueble o inmueble, así como del acreedor de la nueva obligación asumida por el imputado o tercero civil, con la finalidad de garantizar al sujeto pasivo de esta relación jurídica procesal los derechos a: un debido emplazamiento, al ejercicio del derecho de defensa y al derecho al debido proceso, por cuanto la resolución final que se emita en el proceso penal puede afectar el derecho real o de acreencia adquiridos con posterioridad a la comisión del delito materia de juzgamiento.

En juicio oral, no solo se tendrá que demostrar la existencia de una disminución patrimonial del imputado y/o tercero civil, ya sea mediante la transferencias de bienes muebles o inmuebles o con la

asunción de nuevas obligaciones que pueden o no estar sujetas a derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis, etc); sino que además se deberá de acreditar que aquellos no cuentan con patrimonio suficiente para cancelar el monto consignado como reparación civil en la sentencia; en consecuencia, no se trata de una nulidad de acto jurídico (sustantiva), sino de una ineficacia de acto jurídico^[19] o sub especie de Acción Pauliana regulada en la primera parte del artículo 195 del Código Civil^[20], por lo que los sujetos activos y pasivos de esta relación jurídica procesal deberán tener en cuenta los requisitos legales y la jurisprudencia dada en esa materia.

Un tema no menos complicado, es el respectivo al tercero de buena fe que inscribe su derecho en los Registros Públicos, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico lo protege si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil^[21], presumiéndose la buena fe del tercero mientras no se pruebe lo contrario; razón por la cual al ejercer esta pretensión “nulificante” respecto de actos jurídicos sobre bienes muebles o inmuebles inscritos en Registros Públicos, se debe acreditar además la mala fe del tercero que adquirió el derecho.

[19] En ese sentido GARCIA CAVERO, Percy. *“Lecciones de Derecho Penal Parte General”*, Grijley, Lima, 2008, p. 792.

[20] El artículo 195 del Código Civil en su primera parte establece que: “El acreedor aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por lo que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando el acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la pretensión debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose del acto jurídico oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.”

[21] El artículo 2014 del Código Civil establece que: “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.”

4.3 LAS PRETENSIONES CAUTELARES:

Nuestra norma adjetiva permite que las pretensiones civiles ejercidas dentro del proceso penal sean garantizadas mediante el otorgamiento de las medidas cautelares, siempre que se cumplan con los requisitos generales de toda medida cautelar, esto es: la apariencia del derecho y el peligro en la demora. El primero está referido a la verosimilitud del derecho a la indemnización o resarcimiento. El segundo, consiste en el peligro proveniente de la demora en la emisión de la resolución definitiva que afectaría de forma irreparable la eficacia y estricto cumplimiento de la sentencia que ampara la pretensión demandada.

Es materia de especial revisión por el órgano jurisdiccional la proporcionalidad de la solicitud cautelar, esto es, un examen respecto de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ello con la finalidad de garantizar la eficacia de la sentencia que ampara un pretensión, dando prioridad a las medidas menos gravosas a los derechos constitucionales de los afectados, por ejemplo, el actor civil tiene como pretensión el pago de una indemnización de treinta mil nuevos soles y solicita el embargo en forma de inscripción sobre tres inmuebles por la suma de diez mil nuevos soles cada uno, sin percatarse que cada inmueble materia de afectación tiene un valor superior al monto de la pretensión resarcitoria, siendo perfectamente posible afectar un solo inmueble por el monto total de la medida y no afectar todos los inmuebles.

El CPP ha regulado las siguientes medidas cautelares:

- a) El embargo, que tiene por finalidad el garantizar o asegurar el cumplimiento de la sentencia en términos económicos, sean tanto las derivadas del delito o incluso para garantiza el pago de costas, el maestro César San Martín Castro la conceptualiza como: *“la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandamiento del juez competente por razón de delito”*^[22].

^[22] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, tomo II, segunda edición, Griley, Lima, 2006, p. 1182

La medida de embargo recae sobre el patrimonio del acusado y del tercero civil responsable, es decir, sobre bienes respecto de los cuales tienen derechos patrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico, no procediendo el embargo sobre bienes que constituyen instrumentos o efectos del delito, precisamente porque estos no integran legalmente su patrimonio, toda vez que contra estos bienes proceden la incautación con fines de decomiso.^[23]

La medida cautelar de embargo se encuentra regulado en los artículos 302 al 309 del CPP, donde se establece como un requisito a la contracautela^[24]. Por otro lado, nuestra norma adjetiva dispensa de la misma en caso se emita sentencia condenatoria, lo que constituye un error del CPP, por cuanto debía indicar que se dispensa de la contracautela cuando se emite sentencia que declara fundada la pretensión resarcitoria, ello con la finalidad de guardar congruencia con la distinción de las pretensiones penales y civiles acumuladas en el proceso penal.

- b) **La inhibición para disponer o grabar bienes del imputado o tercero civil**, la misma que tiene por finalidad el impedir que el afectado (imputado y tercero civil) dispongan de sus bienes muebles o inmuebles mientras dure el proceso penal, medida que procura garantizar la existencia de patrimonio susceptible de afectación. Está que se encuentra regulada en el artículo 310 del CPP.

Es indiscutible, que estas medidas no pueden ser solicitadas por el agraviado en diligencias preliminares por no estar constituido aún en actor civil, siendo discutible que pueda ser solicitadas por el Ministerio Público ante el Juez de Investigación Preparatoria desde el inicio de las diligencias preliminares hasta

^[23] En el mismo sentido GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y otros. *El Código Procesal Penal*, Jurista Editores, Lima, 2008, p. 609.

^[24] La contracautela es la afectación de bienes o derechos del solicitante del embargo en cantidad suficiente para asegurar el resarcimiento de los posibles daños que pudiera ocasionarse con la ejecución de la medida, si es que por alguna razón esta fuera indebidamente solicitada y ejecutada.

el momento en que se formaliza la investigación preparatoria, momento a partir del cual el agraviado puede constituirse en actor civil y tener legitimidad para solicitar cualquier tipo de medida cautelar que pueda garantizar el pago de su pretensión resarcitoria.

- c) El desalojo preventivo y la ministración provisional de la posesión, que tiene por finalidad el cese de la actividad ilícita, pues el órgano jurisdiccional entrega provisionalmente la posesión al agraviado que detentaba algún derecho real sobre el inmueble ocupado indebidamente por el imputado. Para su otorgamiento, el maestro San Martín Castro precisa que deben darse tres supuestos materiales: el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la irreparabilidad del perjuicio^[25], entendida esta como la situación de hecho que se pretende innovar ocasionaría, de subsistir, un daño irreparable al pretensor, por cuanto resultaría económicamente lesivo a la víctima que espere la emisión de una sentencia para recién poder recuperar el derecho real materia de despojo.
- d) Las medidas anticipadas, tienen por finalidad evitar la permanencia del delito, la prolongación de sus efectos nocivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito, conforme lo establece el artículo 312 del CPP. El Código Procesal Penal no regula cuáles pueden ser este tipo de medidas cautelares; sin embargo, pueden ser cualquier tipo de medida no prevista por la norma procesal penal que cumplan con los presupuestos de todas las medidas cautelares, así como la finalidad buscada con ella, denominado también condición de aplicabilidad de la medida, para lo cual debemos regirnos supletoriamente por lo establecido en los artículos 618, 629, 682 y 687 del CPC que regulan las medidas cautelares anticipadas, genéricas, de innovar y no innovar respectivamente.

^[25] SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 1210

- e) La pensión anticipada de alimentos, que tiene por finalidad que el imputado proceda con solventar económicamente a las víctimas de los procesos de homicidios, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de libertad sexual o delitos relacionados con violencia familiar, partiendo de la premisa que los agraviados se encuentran imposibilitados para obtener el sustento de sus necesidades, medida que se encuentra regulada en el artículo 314 del CPP.

4.4 LA PRETENSIÓN DE DESAFECTACIÓN.

La misma que puede ser ejercida por tercera persona ajena a la relación procesal indemnizatoria instaurada en el proceso penal (imputado, tercero civil responsable y agraviados), con la finalidad de dejar sin efecto un bien o derecho embargado por el órgano jurisdiccional, e incluso puede ser propuesta con la finalidad de suspender la ejecución de una medida cautelar ordenada por el órgano jurisdiccional, siendo competente para pronunciarse respecto de esta pretensión únicamente el Juez de Investigación Preparatoria, conforme lo establece el inciso 1 del art. 308 del CPP.

5. CONCLUSIONES.

- La pretensión civil no es una pretensión accesorio de la pretensión penal, ambas son autónomas y se tramitan en un solo proceso en virtud del principio de economía procesal.
- Las principales pretensiones punitivas proponibles en nuestro Código Procesal Penal son: la pretensión punitiva propiamente dicha; la pretensión punitiva dirigida contra las personas jurídicas; la pretensión de decomiso de efectos provenientes del delito y de beneficios obtenidos por personas jurídicas; las pretensiones cautelares de naturaleza personal; las pretensiones cautelares de naturaleza real; las pretensiones tutelares de los derechos de los investigados y acusados; y las pretensiones impugnatorias.
- Las principales pretensiones civiles proponibles en nuestro Código Procesal Penal son: la pretensión indemnizatoria derivada

de un hecho ilícito; la pretensión nulificante de las transferencias de bienes inmuebles y muebles o de obligaciones asumidas con posterioridad al hecho punible; las pretensiones cautelares como el embargo, la inhibición para disponer o grabar bienes del imputado o tercero civil, el desalojo preventivo y la ministración provisional de la posesión, las medidas anticipadas, medidas preventivas contra las personas jurídicas, pensión anticipada de alimentos; y la pretensión impugnatoria.

- La pretensión resarcitoria podrá darse por concluida en el proceso penal sin pronunciamiento del órgano jurisdiccional, en el caso de transacción, desistimiento y abandono del actor civil.
- Nuestra norma procesal regula varios tipo de medidas cautelares que tienen por finalidad no solo garantizar la inmutabilidad del patrimonio del imputado y del tercero civil responsable, sino que además garantizan el pago de la reparación civil a fijarse en la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

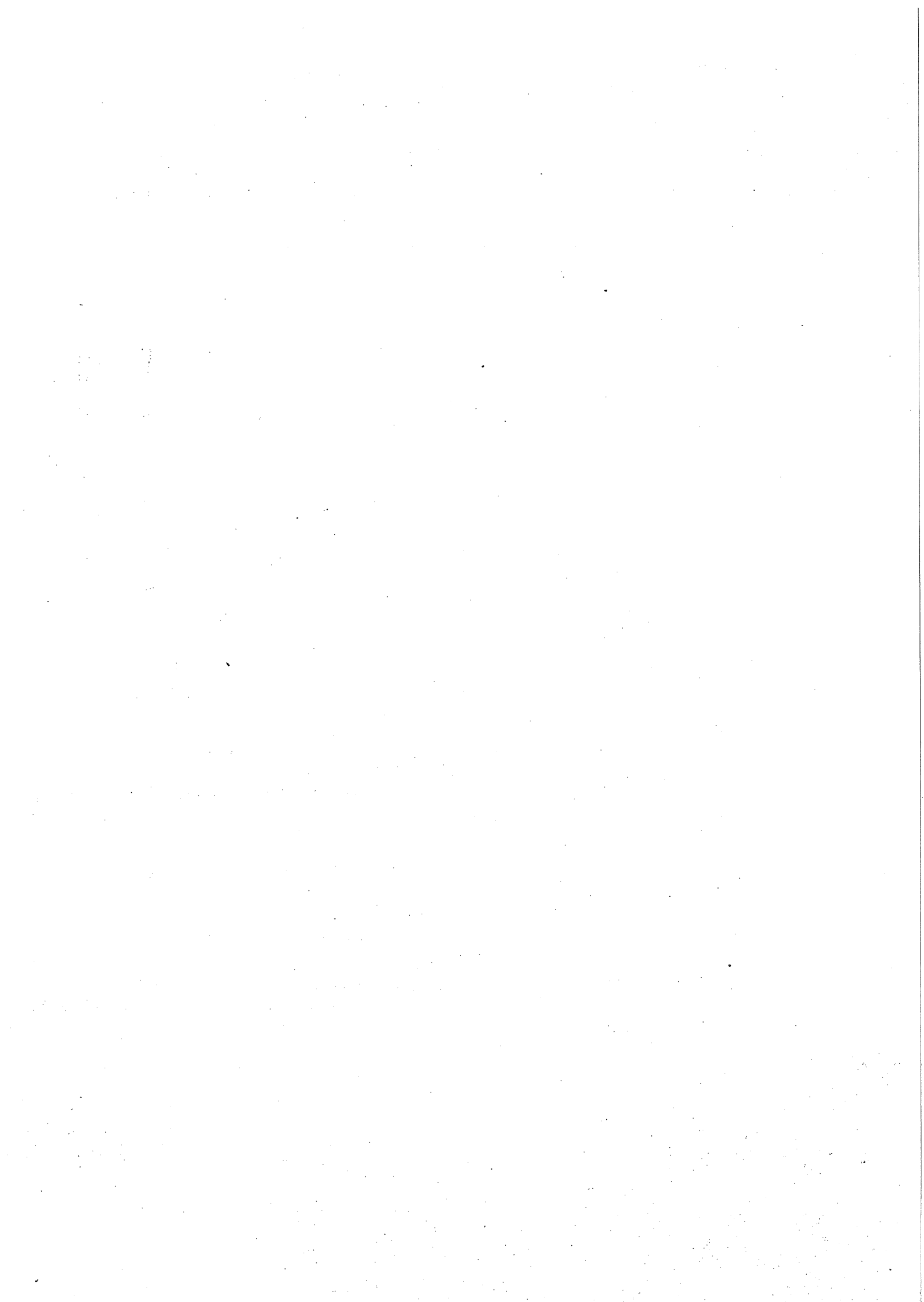
- ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas Procesales Penales*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, 2012.
- ASECIO MELLADO, José María. *La Acción Civil en el Proceso Penal: Dictamen Jurídico - El Salvataje Financiero*, ARA Editores, Lima, 2010.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso aplicable a toda clase de procesos*, 3ra Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y otros. *El Código Procesal Penal*, Jurista Editores, Lima, 2008.
- GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Grijley, Lima, 2008.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, 2da. Edición, Madrid, 2007.
- MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad*, Editorial Aranzadi SA, 1ra. edición, Pamplona, 2008.
- ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal con aplicación del nuevo Código Procesal Penal*, Jurista Editores EIRL., Lima, 2009.
- SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, tomo II, segunda edición, Griley, Lima, 2006.

- TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La sentencia penal en el nuevo Código Procesal Penal – Su estructura y motivación*, Cooperación Alemana al Desarrollo – GTZ, Lima, 2010.
- TICONA POSTIGO, Víctor. *El derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil*, 2da. edición, Grijley, Lima, 2009.
- TICONA POSTIGO, Víctor. *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I, 4ta. edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

**EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL
PROCESO PENAL PERUANO:
*A PROPÓSITO DE LAS RESOLUCIONES QUE
DECLARAN EL SOBRESEIMIENTO DE LA CAUSA
Y LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS***

Rafael Ernesto Vela Barba^()*

^(*) Juez Superior (p) de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la U. de San Martín de Porres.



La vida en sociedad se desarrolla en círculos concéntricos en los que impactan nuestros actos, y eventualmente en estos puede producirse actividad dañosa. Es decir, algunas veces los miembros de la sociedad se conducen de modo que quebrantan dicho ordenamiento, realizando conductas que pueden ser consideradas como contrarias a Derecho y que son calificadas como antijurídicas y, por lo tanto, se hacen merecedoras a algún tipo de sanción, ya que la lesión producida colisiona sobre un cúmulo de interrelaciones, desarticulándolas en el desarrollo del ciudadano, la familia, amistades, trabajo, comunidad^[1].

Las conductas lesivas ameritan la intervención del Estado a fin de solucionar el conflicto, ya que tenemos proscrita toda forma de búsqueda de justicia a mano propia. En pro de sus objetivos, el Estado ha creado formas para asegurarse que el orden social deseado se ha de respetar.

El control social se erige entonces como el conjunto de prácticas, actitudes y valores destinados a mantener el orden establecido en las sociedades, pudiendo manifestarse de diferentes formas, como resultan ser las normas religiosas, éticas, sociales, aunque a veces es posible que el mismo control social se realice por medios coactivos o violentos.

^[1] No se puede perder de vista que este ejercicio de libertad debe estar provisto de responsabilidad y que quien tiene derechos, tiene también deberes, uno de ellos es justamente el de no infringir los derechos iguales que tienen los demás; de lo cual concluimos que el ejercicio de nuestros derechos debe realizarse cautelando que los mismos no perjudiquen a los demás integrantes de la sociedad.

Así, se puede advertir el ejercicio del control social a través de la normativa administrativa, civil, penal, que puede ser punitivo o preventivo; ello depende de la naturaleza del mismo y de su ejercicio, fundamentalmente orientado por el tipo de conductas que espera controlar. Como hemos referido, nos encontramos en la sociedad ante hechos que pueden generar daño en las demás personas con las que convivimos, este hecho es la expresión que alude al menoscabo, la damnificación o el perjuicio que se provoca con un hecho lesivo que puede impactar, por ejemplo, en la salud, la vida, la integridad física y que se clasifica básicamente en daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Dentro de los daños patrimoniales según la doctrina civil tenemos el daño emergente y el lucro cesante. El primero^[2] es la pérdida patrimonial palpable efectivamente, que se distingue porque genera un desmedro económico; mientras que el lucro cesante comprende aquello que se ha dejado de ganar a causa del acto lesivo.

Los daños extrapatrimoniales son aquellos que lesionan derechos no patrimoniales de la persona, generalmente responden a los criterios de responsabilidad civil extracontractual, siendo de dos tipos: el daño moral y el daño a la persona. El daño moral es la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento^[3], mientras que el daño a la persona es la lesión a la integridad física del individuo, a su aspecto psicológico y/o a la frustración de su proyecto de vida.

^[2] Artículo 1985 del Código Civil: "La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

^[3] Artículo 1983 del Código Civil: "Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales".

Artículo 1984° del Código Civil: "El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia".

Ante el daño causado, el Estado indiscutiblemente debe actuar, se produce entonces la necesidad del afectado de que se le administre justicia, esta puede darse en el mejor de los casos de modo consensuado mediante transacciones extrajudiciales o mecanismos conciliatorios, pero no siempre será así, la mayoría de las veces el ciudadano afectado deberá acudir al sistema de justicia para que se declare que se ha producido un daño en su contra, se cuantifique el mismo, se identifique al responsable y se le exija la reparación del mismo; de hecho esta es una de las formas esenciales a través de la cual el Estado busca volver al orden ideal o deseado brindando la tutela resarcitoria correspondiente (cuando se ha producido un daño), que actúa frente al perjuicio producido declarando en contraparte una indemnización razonable y proporcional.

En algunas ocasiones, es fácil identificar la naturaleza de la norma quebrantada. Ante determinados hechos es fácil precisar que se ha vulnerado una norma civil, una norma penal o una norma administrativa, por citar algunos ejemplos; empero, hay algunos hechos en que colisionan al mismo tiempo normas de diferentes tipos, por ejemplo, un mismo hecho puede quebrantar con su realización una norma civil y una norma penal. Es interesante entonces reflexionar sobre si la antijuricidad que reviste este quebrantamiento es común a ambas normas o merece una calificación singular en cada una de las materias afectadas.

Consideramos importante señalar que la calificación de antijuricidad puede ser aplicada a cualquier conducta desviada de las requeridas por el sistema jurídico. En especial, en el presente artículo nos concentraremos en la confluencia de quebrantamiento de la norma civil y la norma penal, ya que nos referiremos a los casos en los cuales la reparación civil se ventila en el proceso penal.

Por ello, es necesario resaltar la naturaleza jurídica del acto capaz de generar reparación civil, es decir, generador de daño —cualquiera sea el tipo de este—, ya que en los supuestos que pretendemos analizar el tipo de sanción que se impone en uno u otro caso son distintas. Así, tenemos que “la pena y la reparación civil son sanciones jurídicas de carácter negativo que se aplican en virtud a la comisión de un acto

antijurídico, en un caso llamado delito y en otro se llama simplemente ilícito civil^[4].

Comprender esta concurrencia de normas quebrantadas y de bienes jurídicos afectados cobra vital importancia ya que a partir de allí se podrá comprender la necesidad de atender el requerimiento de resarcimiento del afectado con la norma civil y de otro lado la obligación deber del Estado de sancionar la conducta transgresora a través de la pena por haberse cumplido la norma penal que así lo dispone y nos permitirá distinguir que los contextos en los que ambas se determinan son distintos, produciéndose en el proceso penal la acumulación de la pretensión civil a la penal, premisa fundamental ya que el reconocimiento de su naturaleza es piedra angular en la problemática, toda vez que por largo tiempo se ha tratado a la acción civil en el proceso penal como un aspecto subsidiario y sin importancia, sin reconocerle la calidad y naturaleza que tiene realmente, dejando de considerar que ambas son diferentes por su esencia y características; tanto así que en los casos en los cuales se ha producido absolucón o sobreseimiento de los cargos imputados sencillamente no se ha hecho pronunciamiento alguno sobre la reparación civil correspondiente al daño que pudiera comprobarse en la investigación penal, en el que puede determinarse un ilícito civil, más allá del ilícito penal, orillando al afectado a acudir a la vía civil para la obtención de un pronunciamiento de tutela sobre su derecho.

Entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal existen grandes diferencias. De un lado, la primera nace en un hecho antijurídico causante de un daño determinado a otra persona, se fundamenta en la responsabilidad civil que lo constituye, no la culpabilidad, sino el daño causado, teniendo como finalidad únicamente reparar el daño causado; de otro lado puede ser impuesta a personas que no participaron en la realización del hecho dañoso, además es renunciable, solidaria, transmisible y asegurable. En el caso de la responsabilidad penal, esta se origina en un delito o ilícito penal, determinando que para atribuir responsabilidad penal se debe establecer la culpabilidad

^[4] CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, p. 91.

del agente, que es de carácter personalísimo e indisponible^[5]. También cabe referir que la acción civil no está vinculada estrictamente al Principio Acusatorio.

Nuestra legislación civil establece formas de accionar en la vía civil, en pro de la declaración de responsabilidad civil y la correspondiente reparación, así tendremos expedito nuestro derecho para acudir a los juzgados civiles en un proceso de responsabilidad civil.^[6] Además, tenemos al proceso penal como un terreno en el cual luego de declarada la responsabilidad penal es factible obtener pronunciamiento sobre la reparación civil que corresponde al daño originado por el hecho punible. En este caso, hay categorías que distinguir, de un lado tenemos al afectado con el hecho delictivo, al agraviado, al actor civil, nomenclaturas que atribuyen de acuerdo al momento procesal diferentes atribuciones y competencias.

De manera innovadora, el nuevo Código Procesal Penal ha incluido dentro de sus regulaciones referidas a la acción civil no solo su contenido, adicionalmente ha establecido dentro de su alcance alternativo y accesorio la facultad del órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible aun cuando la sentencia sea absolutoria o exista un archivamiento ordenado por un auto de sobreseimiento de causa.

Cabe referir que “todo caso penal está generado, desde su base, por un conflicto social a resolver, conflicto que solo formalmente se puede describir como la afirmación de la voluntad de quien lo genera, que prioriza su propia regla de actuación frente a la norma estatal que

[5] Para mayor ilustración: GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo, *La reparación civil en el proceso penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2011, pp. 34 y ss.

[6] “El proceso civil es garantía de protección de los ‘derechos e intereses’ que el propio ordenamiento jurídico reconoce; el proceso es instrumento de tutela de concretas situaciones jurídicas de ventaja; el proceso civil es instrumento al servicio de quien tiene la razón. Que el proceso sea una institución de ‘derecho público’ lo que es indiscutible dada la presencia del órgano jurisdiccional, no es instrumento al servicio de intereses públicos, sociales, colectivísticos, es instrumento al servicio de concretos intereses privados, de aquellos intereses que el ordenamiento jurídico tutela en abstracto”. En: ARIANO DEHO, Eugenia, *Problemas del proceso civil*. Jurista Editores, Lima, 2003, p. 6.

le indica cómo conducirse en la ocasión. Materialmente, en cambio, nos hallamos, por regla general, frente a un conflicto social entre un agresor y un ofensor, quien delinque, y un agredido u ofendido, quien soporta la agresión y es portador del interés o bien jurídico que la norma protege, y ello sucede aun en los casos que atacan o ponen en peligro bienes jurídicos considerados colectivos, supraindividuales o universales, por difícil que sea la determinación particular de las víctimas^[7].

Definitivamente, todo delito origina un daño, las consecuencias jurídicas del delito no se agotan con la imposición de una pena o una medida de seguridad al autor del delito, sino que este también debería sufrir las consecuencias de sus hechos con la reparación del mismo, apuntando a la consecución de fines reparadores. Entonces, reiteramos la importancia de reconocer que tenemos dos vías (la civil y la penal) para la declaración de un daño infringido, la cuantificación del daño, la individualización del autor y la declaración de una obligación de pago, con la respectiva ejecución de la misma.

Lo antes expuesto evoca en nuestro análisis términos tales como "restitución", "indemnización", "reparación" que involucran –la primera de ellas– la reintegración del estado de cosas existente con anterioridad a la violación de la ley o restauración del bien afectado a su condición anterior al hecho^[8], mientras que las otras involucran la idea de resarcimiento^[9].

Lo antes descrito nos lleva a reflexionar sobre la existencia de un derecho a ser indemnizado, que se erige como uno de carácter inalienable. "La indemnización es un derecho legítimo que omite cualquier discusión sobre ella, con mayor resultado cuando se han

[7] MAIER, Julio. "El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino", EN: *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al profesor David Baigún*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 32.

[8] Desde el punto de vista del Derecho Penal, debemos reconocer lo normado en el artículo 93° del Código Penal, comentado ampliamente por PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídica del delito en el Perú*, Lima, Gaceta Jurídica, 2000, p. 283.

[9] La necesidad de reparar este daño ha sido recibida y legislada por diversos países a nivel mundial.

producido daños como resultado de la comisión de un ilícito penal. Toda persona que fue víctima de un delito, más allá de si se constituyó o no en parte civil, tiene derecho a ser indemnizada tanto en la vía penal como en la civil...”^[10]

La restauración en sí misma, como forma de reparación, no es absoluta, ya que podrían generarse situaciones injustas en las cuales se restituya –por ejemplo– un bien a quien lo obtuvo ilícitamente pero que fue víctima de un despojo arbitrario; no podemos soslayar que la doctrina le reconoce un lugar privilegiado frente a las otras formas de reparación^[11], claro nos queda que ello depende del tipo de delito en que nos encontremos y los daños que haya originado, ya que hay delitos que no permitirán este tipo de reparación. De igual manera, cabe hacer mención que depende del bien mueble o inmueble que habrá sido afectado con el delito, ya que no será lo mismo pretender restituir un televisor que ha sido objeto de hurto que un terreno que ha sido motivo de usurpación. En el segundo caso, lo que se restituye es el ejercicio del derecho sobre el bien, o en el caso de la sustracción del dinero en el que no se puede restituir exactamente los mismos billetes o monedas que han sido sustraídos, sino que se tendrá que reponer su valor lo que entonces, tendrá que entenderse como indemnización.

Señala César San Martín Castro que el daño penal “es diferente al daño civil; el primero se halla constituido por la ofensa al bien jurídico, y el segundo consiste en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole padecidos por la víctima, y que existen delitos sin daño civil, delitos con daño civil, delitos con daño civil inherente, aunque distinto del penal, y delitos con daños puramente eventual o consecuencial”^[12].

[10] LAMAS PUCCIO, Luis. “La reparación civil y la tutela jurisdiccional”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. EN: Gaceta Jurídica N° 88, Lima, enero 2006, p. 22.

[11] Incluso ese orden le impone el Código Penal.

[12] SAN MARTÍN CASTRO, César. “Responsabilidad civil y proceso penal. Algunos aspectos procesales de la reparación civil”. EN: Responsabilidad Civil II. *Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, Rodhas, Lima, 2007, pp. 31-32.

De igual manera, habrá que analizar que con la comisión de algunos delitos se pueden vulnerar derechos no patrimoniales únicamente, solo derechos patrimoniales o ambos, por lo que en los casos donde existe además daño patrimonial corresponde la declaración de una indemnización por daños y perjuicios, para lo cual habrá que recurrir a la legislación civil a fin de resarcir todos los daños, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales y este debe cubrir el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los elementos a considerarse son: hecho ilícito, daño causado, relación de causalidad y factor de atribución. Deben considerarse tanto los daños ocasionados, los gastos a futuro y las obligaciones preexistentes al delito.

Actualmente contamos con normas en el Código Penal que regulan la declaración de la reparación civil en esta vía, así como en el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal vigente en gran parte de nuestro país. Llama nuestra atención que de todo este conjunto normativo se evidencian como ausentes, criterios cuantificadores de la reparación civil y la pertinente innovación del Código Procesal Penal de 2004 que en su artículo 12° inciso 3 señala: "La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda".

Una aproximación del tema a la realidad nos permite advertir que en la vía penal encontramos sentencias que carecen de motivación suficiente, que son exiguas en cuanto a la determinación civil, que no se evidencian criterios cuantificadores estándares sobre la reparación civil, que realmente no se satisfacen las necesidades del afectado, y que finalmente la declaración de la reparación civil así concebida no se ajusta al ideal de justicia que busca el Estado, y que consecuentemente se vulnera el derecho que tienen tales ciudadanos a la tutela jurisdiccional efectiva y la protección de derechos fundamentales.

Una situación recurrente se da cuando se emite sentencia condenatoria. En la misma se fija reparación civil y no se hace un análisis adecuado de los elementos que componen la responsabilidad civil, de allí que es vital exigir una adecuada motivación sobre dicha pretensión.

Al respecto, debemos tener en cuenta que “motivar una resolución judicial consiste en explicar los hechos y el derecho que se aplica al caso concreto, no bastando con una mera cita de la norma ni con el simple encaje de los hechos en la norma, sino que ha de consistir en efectuar un razonamiento lógico, precisando por qué encajan, explicando con hechos y con el derecho por qué se llega a esa decisión”^[13].

La motivación de las resoluciones es un deber para los magistrados, pero al mismo tiempo es un derecho de los justiciables que emerge del debido proceso y la publicidad de los procesos judiciales, resulta ser una exigencia de la tutela judicial efectiva y supone que los recurrentes han de obtener una decisión fundada en Derecho, ya sea favorable o adversa y que deberán conocer las razones de esa fundamentación^[14]. En la materia que motiva nuestra preocupación, este derecho se orienta a exigir que las sentencias que contienen declaración de reparación civil contengan los fundamentos que han motivado el pronunciamiento, con la respectiva evaluación de los elementos que la constituyen; esto reforzaría la autonomía de la acción civil dentro del proceso penal^[15].

Marcial Rubio Correa y Enrique Bernales Ballesteros afirman: “Las resoluciones judiciales tienen un necesario valor pedagógico y creativo fundamental dentro del derecho, pues son la aplicación concreta y material de la legislación vigente, de la realidad social y una evidencia palpable de la verdadera capacidad del aparato jurisdiccional para resolver los conflictos sociales con equidad y justicia”.^[16]

^[13] FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz. *La motivación de las resoluciones judiciales*, texto visitado el 1 de setiembre de 2009. En: <www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=1872>.

^[14] Sobre el particular, Carrión Lugo señala: “La motivación de las resoluciones judiciales no sólo constituye una garantía procesal, sino también un deber de los jueces...”. CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal civil*, Grijley, Lima, 2004, p. 39.

^[15] Sobre el particular Eugenia Ariano Deho señala que el cómo nuestros jueces fijan los montos de los resarcimientos no puede saberse sino a través de la comparación de las resoluciones judiciales. ARIANO DEHO, Eugenia. “Sobre el deber de motivar las resoluciones judiciales”. EN: *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, Lima, Rodhas, 2007, p. 27.

^[16] RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Constitución y sociedad política*, Mesa Redonda, Lima, 1985, pp. 417-418.

El derecho a la motivación de resoluciones judiciales se encuentra normado en los incisos 5 y 20 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado^[17], en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el inciso 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil^[18], el Código de Procedimientos Penales^[19] en sus artículos 284° y 285° y los artículos 122 y 123 del nuevo Código Procesal Penal^[20], vigente en gran parte del país.

^[17] "Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

(...)

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

(...)"

^[18] "Artículo 122.- Las resoluciones contienen:

(...)

3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado.

(...)"

^[19] "Artículo 284.- La sentencia absolutoria deberá contener la exposición del hecho imputado y la declaración de que éste no se ha realizado, de que las pruebas han demostrado la inocencia del acusado, o de que ellas no son suficientes para establecer su culpabilidad, disponiendo, la anulación de los antecedentes policiales y judiciales del procesado, por los hechos materia del juzgamiento.

Ejecutoriada que sea la sentencia, se remitirá copia de la misma a la Dirección General de la Policía de Investigaciones del Perú y a la Dirección General de Establecimientos Penales del Ministerio del Interior, para el cumplimiento de la ordenada anulación de antecedentes."

Artículo 285.- La sentencia condenatoria deberá contener la designación precisa del delincuente, la exposición del hecho delictuoso, la apreciación de las declaraciones de los testigos o de las otras pruebas en que se funda la culpabilidad, las circunstancias del delito, y la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha en que ésta comienza a contarse, el día de su vencimiento, el lugar donde debe cumplirse y las penas accesorias, o la medida de seguridad que sea del caso dictar en sustitución de la pena; el monto de la reparación civil, la persona que debe percibirla y los obligados a satisfacerla, citando los artículos del Código Penal que hayan sido aplicados.

^[20] Artículo 122.- Actos del Ministerio Público.-

El supremo intérprete constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC^[21], ha expresado: “7. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales”.

Consideramos que es fundamental que la sentencia que se pronuncia por un determinado monto de reparación civil sea clara en los fundamentos que la motivan, de modo que se indiquen los criterios que se han utilizado para determinar los daños y la individualización de los mismos, ya que de acuerdo a su naturaleza, los daños

1. El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos.
2. Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley.
3. Las Providencias se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación.
4. Los Requerimientos se formulan para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal.
5. Las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados. En el caso de los requerimientos, de ser el caso, estarán acompañados de los elementos de convicción que lo justifiquen.
6. Rige, en lo pertinente, el artículo 127.
Artículo 123 Resoluciones judiciales.- 1. Las Resoluciones judiciales, según su objeto son decretos, autos y sentencias. Salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la Ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso.
2. Los decretos se dictan sin trámite alguno. Los autos se expiden, siempre que lo disponga este Código, previa audiencia con intervención de las partes. Las sentencias se emiten según las reglas previstas en este Código.

[21] Se puede visitar el texto completo de la sentencia en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>>. Visitado el 02.07.2012.

patrimoniales y los daños extrapatrimoniales no se cuantifican de la misma manera. Un pensamiento común entre los litigantes es que es mejor no constituirse en parte en el proceso penal, ya que en la vía civil podrían acceder a un monto más alto de reparación civil. En algunos casos realmente no hay certeza del criterio de cuantificación que tendrá el magistrado respecto del daño infringido, el monto y la forma de reparación.

La declaración de reparación civil en los procesos sobreseídos o con sentencia absolutoria no puede escapar a dicha exigencia, con mayor razón si una crítica permanente al sistema de administración de justicia penal es la carencia de indicadores objetivos que permitan aproximarse a montos menos subjetivos y arbitrarios (diminutos o exagerados), obteniendo sumas económicas sinceras correlativas con el daño efectivo causado, evitando acudir a un nuevo proceso en una vía extra penal con las consecuencias lógicas de tiempo y oportunidad perdidos para la víctima de un hecho antijurídico (revictimización).

Pero aquí es importante destacar la responsabilidad de los actores dentro del proceso, si bien de un lado el juez deberá motivar sus resoluciones; de otro lado, el abogado y el fiscal deberán aportar elementos probatorios sobre el daño y la concurrencia de los elementos para declarar la reparación civil.

Un criterio que ha sido recogido por algunas sentencias condenatorias es la gravedad del delito^[22] o la capacidad económica del agente; pero consideramos que en virtud a los derechos que asisten a la víctima es menester la declaración del monto del daño ocasionado aun cuando al momento de la determinación de la reparación civil el agente autor no tenga capacidad de pago inmediata.

De igual manera, es menester crear conciencia en la sociedad a fin que se asuma que la reparación civil, por más que responda a un daño infringido, no debe ser considerada un mecanismo para enriquecerse, sino que debe responder, como hemos señalado precedentemente, a los

^[22] Este criterio sí debe ser considerado para la imposición de la pena, ya que es uno de los factores para su graduación, pero no tiene relevancia directa con la determinación del daño.

daños efectivamente causados y que estos deberán ser probados en la debida estación procesal, de allí la importancia de la responsabilidad de los actores del proceso que resaltamos previamente.

Los daños patrimoniales podrían determinarse de forma objetiva ya que es posible alegarlos y probarlos conforme a los principios de las acciones civiles. Un aspecto que sí se convierte en un problema de gran envergadura es la determinación del monto que repare un daño espiritual. Debemos en este aspecto confiar en el criterio y la prudencia del juez, autoridad jurisdiccional que se ha de investir de criterios como equidad y justicia para la aplicación caso por caso.

Esta realidad podría redundar, por un lado, en la insatisfacción del ciudadano que acude a la vía penal a solicitar que se determine la reparación civil dentro del proceso que ventila el hecho delictivo que lo ha motivado; de otro lado, en la satisfacción tardía del mismo ciudadano, que podría preferir no constituirse en parte en el proceso penal y que acude posteriormente a la emisión de la sentencia penal obtenida al órgano jurisdiccional especializado clamando justicia por su pretensión, haciendo valer —por tanto— su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

La tutela jurisdiccional es “la posibilidad que tienen las personas, sin excepción de ninguna naturaleza y cumpliendo las exigencias de la ley, de reclamar ante los órganos jurisdiccionales cuando se vulnera un derecho, a los efectos de obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada en la ley”^[23].

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra contemplado en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú, norma que en líneas generales establece los principios y derechos de la función jurisdiccional. Dicho artículo contempla en su inciso 3) la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Esta norma constitucional conforme a lo expresado por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, “garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el

[23] LAMAS PUCCIO. “La reparación civil y la tutela jurisdiccional”, cit., p. 22.

debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales”^[24].

Por su parte, el artículo 4° del Código Procesal Constitucional establece que “se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquel por el cual toda persona puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses. En atención a este derecho, debe ser atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización.

Llama nuestra atención, como mencionamos precedentemente, el mecanismo que incorpora el Código Procesal Penal de 2004 en la parte final de su artículo 12°, toda vez que la aplicación de dicho precepto normativo redundaría en beneficio del afectado con el hecho ventilado en la vía penal. Nos queda claro que en el caso de la sentencia absolutoria, dado que esta se origina en un proceso penal público y contradictorio, habrá una estación probatoria que permita a las partes exponer la existencia del daño y la concurrencia de los elementos necesarios para declarar la responsabilidad civil. Sin embargo, no consideramos que lo mismo suceda en el caso de las declaraciones que habilita dicha norma dentro de los sobreseimientos, ya que en ese pronunciamiento,

^[24] Este derecho también debe ser analizado desde el punto de vista de los documentos internacionales sobre Derechos Humanos, así tenemos que considerar el reconocimiento de los Derechos al Debido Proceso y la Defensa en la Normatividad Internacional y Nacional que se efectúa a través del Pacto de San José de Costa Rica en los artículos 8° y 25°; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 7°, 8° y 10°. De igual manera debe tomarse en cuenta los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder de la ONU.

más allá de la audiencia de control del requerimiento fiscal, no existe una etapa para actuación probatoria. Esta declaración podría incurrir en todas las deficiencias que antes hemos expresado redundando, por lo tanto, una vez más, en la ineficiencia e ineficacia de la reparación civil, y por ende en desmedro de los derechos de los afectados con el hecho, principalmente a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la motivación de las resoluciones judiciales.

Respecto a la eficiencia y eficacia del proceso penal, de acuerdo al *Diccionario de la Lengua Española*, se entiende por eficiencia la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado y por eficacia la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. Por eficaz se entenderá el logro de una tarea y por eficiente que dicha tarea se logre con menos recursos y tiempo, por tanto la eficacia tiene que ver con la realización y culminación de metas sin importar el tiempo o costo en tanto la eficiencia denota optimización de recursos, en otras palabras “hacerlo mejor con lo mismo”.

Así, entendemos por eficiencia y eficacia de la reparación civil la coherencia que debe existir entre la satisfacción de los intereses del afectado y la relación con los fines y objetivos del Código Procesal Penal, norma que se convierte en el mecanismo por el cual el Estado aplica su imperio en aras del restablecimiento del orden quebrantado, en pro del mismo y a favor de la armonía social que se propone en la sociedad, objetivo que se logrará complementariamente con la satisfacción de la reparación civil respetando de manera fundamental la síntesis entre los principios de celeridad en la búsqueda de soluciones rápidas (eficiencia) y garantía (eficacia) sin desplazar el interés de la víctima de una conducta antijurídica en su búsqueda de tutela como usuario del sistema de administración de justicia.

Resulta ilustrativo lo acordado por los señores jueces supremos integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011, quienes reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pronunciaron los siguientes fundamentos jurídicos de obligatorio cumplimiento para todos los Jueces Penales del país:

Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12º, apartado 3, del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito– no puede ser calificado como infracción penal.

8. El Código Penal –Título VI, Capítulo I, Libro I– regula el instituto de la reparación civil. El Código Procesal Penal –Libro I, Sección II–, por su parte, prescribe el procedimiento necesario para su persecución eficaz. Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio–acumulación heterogénea de acciones–, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. Gimeno Sendra sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [*Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2007, p. 257].

9. El artículo 139º, inciso 3, de la Constitución consagra la garantía de tutela jurisdiccional, que incluye como uno de sus elementos esenciales el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del poder jurídico de acción, que

implica la atribución que tiene toda persona de poder acudir al órgano jurisdiccional para que este, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

En el proceso penal peruano la titularidad de la promoción de la acción penal –que se concreta en la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria– corresponde en exclusiva en los delitos públicos a la Fiscalía –que es un derecho-deber del Ministerio Público–, y en los delitos privados al perjudicado por el delito. El ciudadano frente a la comisión de delitos públicos solo tiene un derecho de petición, debidamente reglado, de acudir al Ministerio Público para dar cuenta de la *notitia criminis*.

10. Como se advierte, nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal. En tal sentido Gómez Colomer expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial [*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. El objeto del proceso*. 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110). En otras palabras, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

Lo anteriormente descrito motiva las siguientes interrogantes respecto a los temas más problemáticos planteados:

- ¿Es eficiente y eficaz como parte del principio de tutela judicial efectiva para la víctima la actual regulación normativa nacional sobre reparación civil en el proceso penal?

- ¿Existen indicadores normativos que busquen fijar los criterios objetivos que debe tener el juzgador penal al momento de determinar el daño?
- ¿Debería habilitarse dentro del proceso penal que concluye con resolución de sobreseimiento o sentencia absolutoria un procedimiento diferenciado a fin de dilucidarse el adecuado monto de la reparación civil?

En orden a determinar la necesidad de que se optimice la legislación nacional sustantiva y procesal existente para la determinación de la acción civil dentro del proceso penal para que esta sea eficiente y eficaz en los procesos que culminan, especialmente con sentencias absolutorias y autos de sobreseimiento, se plantean los siguientes objetivos futuros de la comunidad jurídica:

- a) Acreditar la necesidad de un procedimiento específico dentro del proceso penal con resolución de sobreseimiento (especialmente) o sentencia absolutoria a fin de dilucidar el monto correspondiente a la reparación civil en los procesos penales que concluyen con resolución de sobreseimiento o sentencia absolutoria conforme a lo normado en el artículo 12.3 del nuevo Código Procesal Penal.
- b) Comprobar la necesidad de normas técnicas para fijar judicialmente el *quantum* indemnizatorio que permitan hacer predecible el pronunciamiento de la responsabilidad civil en los procesos penales que concluyen con resolución de sobreseimiento o sentencia absolutoria.
- c) Permitir con un proceso garantista preminentemente oral y desburocratizado, obtener tutela judicial efectiva rápida sobre la solución de un conflicto de interés civil patrimonial derivado de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento de causa evitando un nuevo proceso en una vía extrapenal.

Expuestas estas reflexiones resulta desde nuestro punto de vista sin duda un avance positivo la efectiva acumulación de pretensiones y acciones de carácter civil y/o penal. La problemática de la responsabilidad civil es uno de los temas más importantes del derecho civil

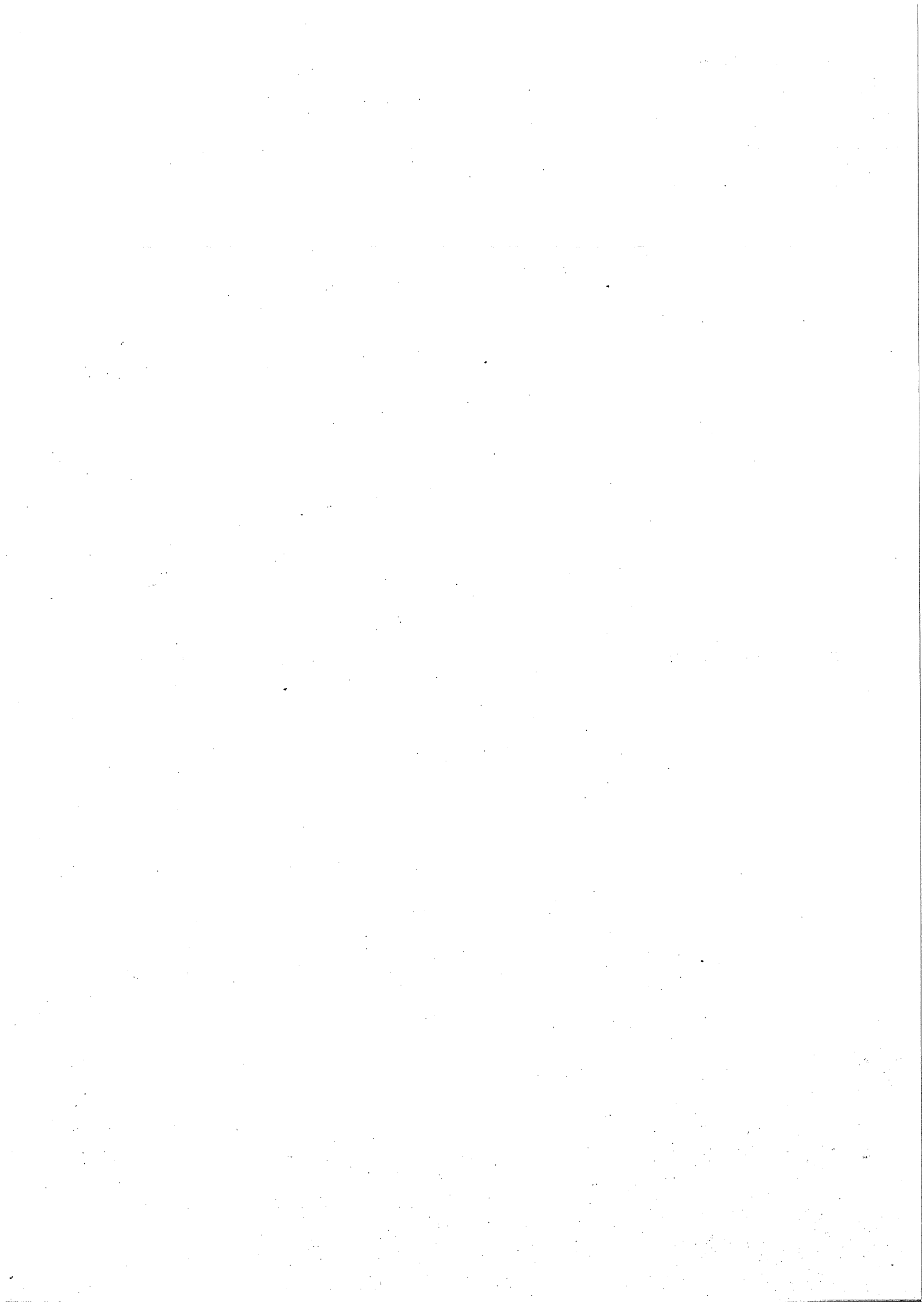
patrimonial. En este caso, concurre además de la trascendencia del tema en sí mismo, la urgencia de atención del resarcimiento del daño al afectado por la comisión de un hecho antijurídico (civil o penal) que puede ser calificado como delictivo, debiendo proponerse criterios cuantificadores objetivos de las sumas decididas en un debido proceso evitando la arbitrariedad judicial al reducir los márgenes de discrecionalidad con mayor seguridad jurídica para los justiciables. Desde otra perspectiva se evita acudir a un nuevo proceso en una vía extra penal con las consecuencias lógicas de tiempo y oportunidad perdidos para la víctima de un hecho antijurídico privilegiando los principios de economía y celeridad procesal (revictimización).

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G. (2006). *Nuevo Tratado de la responsabilidad civil*, Jurista Editores, Lima.
- ÁLVAREZ, N. (2003). *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra.
- ÁLVAREZ DEL CASTILLO, J. (1998). *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- ARIANO, E. (2003). *Problemas del proceso civil*, Jurista Editores, Lima.
- BETTI, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Traducción del italiano por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- BORJA, M. (1988). *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa, México.
- CARNELUTTI, F. (1955). *Teoría general del derecho*. Traducción del italiano por Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- BULLARD, A. (2010). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra, Lima.
- CASTILLO, J. (2001). *Las consecuencias jurídico económicas del delito*, Idemsa, Lima.

- COLLANTES, J. (2011). *Derecho de daños: una perspectiva contemporánea*, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2011.
- COSSIO, J. (2008). *Derecho y análisis económico*, 2ª reimpresión. Fondo de Cultura Económica, México.
- DIEZ, L. (1999). *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.
- DONATO, F. (2009). *Responsabilidad civil contemporánea*, Ara Editores, Lima.
- DE LOS MOZOS, J. y SOTO, C. (2006). *Responsabilidad civil Derecho de Daños. Teoría general de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima.
- DE TRAZEGNIES, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*, 2 tomos. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- ESPINOZA, J. (2005). *Responsabilidad civil: nuevas tendencias, unificación y reforma: veinte años después*, Palestra, Lima.
- ESPINOZA, J. (2007a). *Responsabilidad civil III. Responsabilidad civil y administrativa por daños al consumidor*, Rodhas, Lima.
- ESPINOZA, J. (2007b). *Responsabilidad civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, Rodhas, Lima.
- ESPINOZA, J. (2011). *Derecho de la responsabilidad civil*, Rodhas, Lima.
- FRANCISKOVIC, B. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Recuperado de <www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=1872>.
- GHERSI, C. (1995). *Responsabilidad profesional*, Astrea, Buenos Aires.
- GHERSI, C. (1997). *Teoría general de la reparación de daños profesional*, Astrea, Buenos Aires.
- GRACIA, L. (coord.) (2012). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

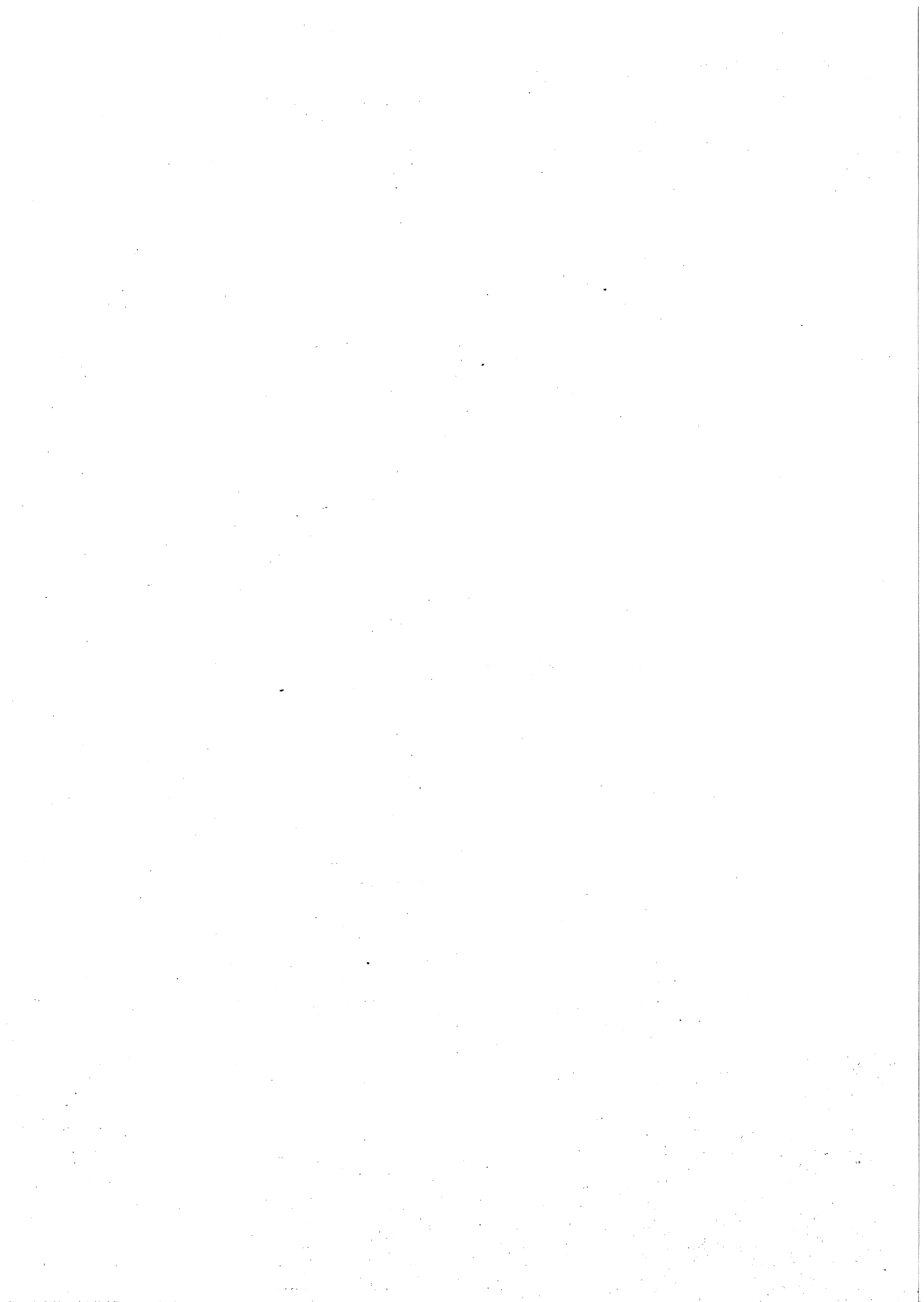
- GUILLERMO, L. (2011). *La reparación civil en el proceso penal. Aspectos sustantivos y procesales (con especial énfasis en el nuevo Código Procesal Penal)*, Instituto Pacífico, Lima.
- GUTIÉRREZ, W. (dir.) (2006). *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*, Gaceta Jurídica, Lima.
- MORELLO, A. (1981). *Temas de responsabilidad civil : en honor al Dr. Augusto M. Morello*, Platense, La Plata.
- MOSSET, J. (1979). *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- OVALLE, J. (2001). *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y EEUU*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- PALUDI, O. (1976). *La relación de causalidad en hecho propio*, Astrea, Buenos Aires.
- POSNER, R. (2000). *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- PRADO, L. (2000) *Las consecuencias jurídica del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica. Lima, 2000.
- RUBIO, M. y BERNALES, E. (1985). *Constitución y sociedad política*, Mesa Redonda, Lima.
- SHAVELL, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Londres.
- LE TOURNEAU, P. (2004). *La responsabilidad civil*. Legis, Bogotá.
- TABOADA CÓRDOVA, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima.
- TRIGO REPRESAS, F. (2011). *Tratado de responsabilidad civil*. Segunda edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires.
- ZARZOSA, C. (2001). *La reparación civil del ilícito penal*, Rodhas, Lima.



LA ACUSACIÓN DIRECTA Y EL PROCESO INMEDIATO

BONIFACIO MENESES GONZALES^(*)

^(*) Juez Superior Titular. Representante de los Jueces Superiores ante el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y Presidente del Equipo Técnico de Implementación Institucional del CPP de 2004.



1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Desde el año 2006 el Poder Judicial viene experimentando la implementación y aplicación de un nuevo Modelo Procesal en materia penal, que no solo busca la descongestión de la carga procesal, sino su comunidad con los principios de celeridad, eficiencia y eficacia, haciendo posible un servicio de administración de justicia oportuna.

El Código Procesal Penal 2004 acoge todo un programa de derechos humanos y, como toda Ley que pretende regular conductas humanas, no puede hacerlo en forma integral, siempre han existido en las disposiciones legales vacíos, contradicciones o excesos que deben ser contralados por el Juzgador, sin soslayar el debido respeto a las garantías constitucionales y sin descuidar el fin o propósito de las instituciones.

El rol que compete al Juez en el nuevo modelo es de suma importancia, pues debe ser consciente de que su función representa no solo la aplicación adecuada de un nuevo orden procesal sino también de legitimar el Estado de Derecho, haciendo del sistema de administración de justicia un instrumento confiable para la convivencia ciudadana en paz y con seguridad jurídica.

¿Qué nos hemos propuesto? Identificar los retos de dos instituciones concebidas con un solo propósito, hacer más eficiente el sistema de justicia penal, y a partir de su regulación señalar cuál debe ser el procedimiento a seguir, sin afectar sus disposiciones específicas.

2. ACUSACIÓN DIRECTA Y EL PROCESO INMEDIATO. SU REGULACIÓN ACTUAL

El Código Procesal Penal 2004 contenido en el Decreto Legislativo 957, promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado en el diario oficial "El Peruano" el 29 de julio de 2004.

La acusación directa es abordada por el Libro Tercero "El Proceso Común", Sección I "La Investigación Preparatoria", del Título III "La Investigación Preparatoria":

"Artículo 336 Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria.

(...)

4. *El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación."*

El proceso inmediato, en el Libro Quinto "Los Procesos Especiales" de la Sección I "El Proceso Inmediato":

"Artículo 446. Supuestos del proceso inmediato.

1. *El Fiscal podrá solicitar la vía del proceso inmediato, cuando: a) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito; o, b) el imputado ha confesado la comisión del delito; o, c) los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.*
2. *Si se trata de una causa seguida contra varios imputados, sólo será posible el proceso inmediato si todos ellos se encuentran en una de las situaciones previstas en el numeral anterior y estén implicados en el mismo delito. Los delitos conexos en los que estén involucrados otros imputados no se acumularán, salvo que ello perjudique al debido esclarecimiento de los hechos o la acumulación resulte indispensable".*

"Artículo 447 Requerimiento del Fiscal.

1. *El Fiscal, sin perjuicio de solicitar las medidas de coerción que correspondan, se dirigirá al Juez de la Investigación Preparatoria*

formulando el requerimiento de proceso inmediato. El requerimiento se presentará luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria.

2. *Se acompañará al requerimiento el expediente fiscal".*

"Artículo 448 Resolución.

1. *El Juez de la Investigación Preparatoria, previo traslado al imputado y a los demás sujetos procesales por el plazo de tres días, decidirá directamente en igual plazo de tres días, si procede el proceso inmediato o si se rechaza el requerimiento fiscal. La resolución que se emita es apelable con efecto devolutivo.*
2. *Notificado el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal procederá a formular acusación, la cual será remitida por el Juez de la Investigación Preparatoria al Juez Penal competente, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio.*
3. *De ser pertinente, antes de la formulación de la acusación, a pedido del imputado puede instarse la iniciación del proceso de terminación anticipada.*
4. *Notificado el auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el Fiscal dictará la Disposición que corresponda disponiendo la formalización o la continuación de la Investigación Preparatoria."*

La Corte Suprema de Justicia de la República mediante Acuerdo Plenario No. 006-2010/CJ-116, ha destacado algunos aspectos que consideramos necesario señalar:

Respecto de la acusación directa:

- Fj. 8. *La acusación directa como parte del proceso común faculta al Fiscal a pasar directamente a la etapa intermedia, prescindiendo de la etapa de investigación formal o etapa de investigación preparatoria.*

La acusación directa deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349° del NCPP, y previo traslado del

requerimiento a las partes, el Juez de la Investigación Preparatoria ejercería el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348 del NCPP.

- Fj. 11. Los requisitos de la *acusación directa* están previstos en el artículo 349 del NCPP, cuenta con los mismos elementos de la formalización de la investigación preparatoria prevista en el artículo 336.1 del NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción [última parte].
- Fj. 12. El requerimiento acusatorio [*en la acusación directa*] cumple con las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: (i) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; (ii) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; (iii) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que sustentan el requerimiento acusatorio; (iv) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y ofrece los medios de prueba para su actuación en audiencia.
- Fj. 13. El derecho de defensa de las partes procesales que salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de diez días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal.

Respecto al imputado, se posibilita, en virtud del artículo 350.1 del NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

Respecto del proceso inmediato:

- Fj. 7. Es un **proceso especial** y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de

organizar la respuesta del sistema con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación.

- Fj. 9. Es un proceso especial distinto del proceso común. (...). El Fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446° del NCPP. Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia. En el caso que el Juez admita el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el Fiscal formulará acusación y lo remitirá al Juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. Al ser el proceso inmediato distinto al proceso común y no haber etapa intermedia, será el Juez del Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos.
- Fj. 17 En el *proceso inmediato*, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación; flagrancia delictiva; confesión del imputado; y que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia.
- Fj. 18 La autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles, *formal y sustancial*.

El primer control permite al Juez de la Investigación Preparatoria determinar si procede o no dar inicio a un proceso inmediato, para lo cual es preciso que dicha autoridad judicial verifique el cumplimiento de los supuestos de aplicación de este proceso.

El segundo control a cargo de la autoridad judicial, es el de la acusación fiscal, para ello es preciso referir que en virtud del artículo 349° del NCPP tal requerimiento debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al juez de juicio oral, quien dictará el auto de enjuiciamiento en virtud del artículo 448°2 del NCPP.

- Fj. 21. El juez de juzgamiento ha de realizar un control de los medios de prueba ofrecidos para el Juicio Oral, como por las demás partes, que deben cumplir los principios de legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia.
- Fj. 23. Los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.

3. SU TRATAMIENTO A NIVEL DOCTRINARIO

El tratamiento de las instituciones acotadas no es pacífico, porque la interpretación de orden legislativo con la expresada a través de acuerdos plenarios no se corresponden.

Es el Juez Supremo José Antonio Neyra Flores quien, en su trabajo denominado *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*^[1], señala que la acusación directa tiene lugar en el desarrollo del proceso común, en que el fiscal en lugar de disponer la continuación de la formalización de la investigación preparatoria, acusa. Enfatizando que el proceso inmediato es un proceso especial distinto del proceso común. La acusación

[1] NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, Idemsa, Lima, 2010, pp. 425 y ss.

directa no puede ser una remisión al proceso inmediato, porque es parte del proceso común pero simplificado; y el proceso inmediato es un proceso especial con características propias que lo hacen diferente de otros procesos especiales.

Es Sánchez Córdova, quien en un artículo denominado "*Problemas de aplicación e interpretación de los procesos especiales*", expresa: "*en la acusación directa el fiscal con los resultados de las diligencias preliminares, acusa prescindiendo de formalizar la investigación preparatoria y por lo tanto prescinde también de esta etapa, pero sí está sujeta a la etapa intermedia. En el proceso inmediato el fiscal antes de acusar formula un requerimiento para que el juez apruebe su pedido de proceso inmediato, luego de esto recién se dará inicio al juicio oral. Por tanto no es lo mismo acusación directa que proceso inmediato*"^[2].

También analizando el Acuerdo Plenario No. 006-2010-CJ/116, enfatiza el autor citado: "*Es cierto que ambas instituciones son distintas, pues el trámite diferenciado las hace distintas, pero esto no quiere decir que sea lo correcto que convivan dos instituciones que sirven para lo mismo, uno como una especialidad procedimental y otro como un proceso especial*".

Y aquí concluye con un cuestionamiento que consideramos de capital importancia: "*Lo correcto sería unificarlas, desapareciendo la regulación de la acusación directa (cuántas críticas ha causado) y admitiendo las reformas necesarias al proceso inmediato, así quedaría configurado con una audiencia y un control rápido en etapa intermedia*".

La magistratura abordó el tema en el expediente No. 33-2007, con el pronunciamiento de la Sala de Apelaciones de la Libertad, expresando: "*(...) la referencia que se hace sobre la existencia de un proceso con acusación directa, por parte de la Fiscalía, no está contenida ni en un proceso común, ni en un proceso espe-*

^[2] SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. *Procedimientos Especiales: Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Penal & Proceso Penal, Lima, 2011, pp. 9 - 34.

cial; no constituye un procedimiento autónomo e independiente, sino, más bien, la referencia está a las dos clases de alternativas que tiene la Fiscalía al momento de calificar un hecho y decidir; si debe ser interpretada en función de la garantía del procedimiento preestablecido por la ley, y la forma procesal que debe seguir son las reglas procesales del proceso especial llamado Proceso Inmediato. (...)”^[3].

El Acuerdo Plenario No. 006-2010-CJ/116 no superó la cuestión propuesta, limitándose a señalar que la acusación directa tiene lugar en el proceso común y el proceso inmediato es un proceso especial distinto de este. [Véase fundamentos 8 y 9]. En otros términos el acuerdo plenario no proscribía la posibilidad de compatibilizar, vía interpretación, el inicio del proceso inmediato mediante acusación directa a iniciativa del Fiscal y con conocimiento de las partes que resulten de la relación procesal. Haciendo posible la mayor eficacia y celeridad en la realización del proceso penal que reclaman razones de política criminal.

4. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004, UNA APROXIMACIÓN AL RESULTADOS DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA

El Código Procesal Penal de 2004 ha sido implementado progresivamente hasta la fecha en 23 Distritos Judiciales a nivel nacional, como el 2006 en Huaura, 2007 en la Libertad, 2008 en Moquegua - Tacna - Arequipa, 2009 en Lambayeque - Piura - Sullana - Tumbes - Madre de Dios - Puno - Cañete, 2010 en Amazonas - Cajamarca - San Martín, 2012 en Ancash - Huánuco - Pasco - Santa - Loreto - Ucayali. Estableciéndose en su aplicación logros sustanciales que tienen incidencia directa en la reducción de los plazos de investigación y juzgamiento, que se ilustra con las graficas comparativas siguientes:

^[3] NEYRA FLORES, José Antonio. Op. Cit. p. 438.

Gráfico 1

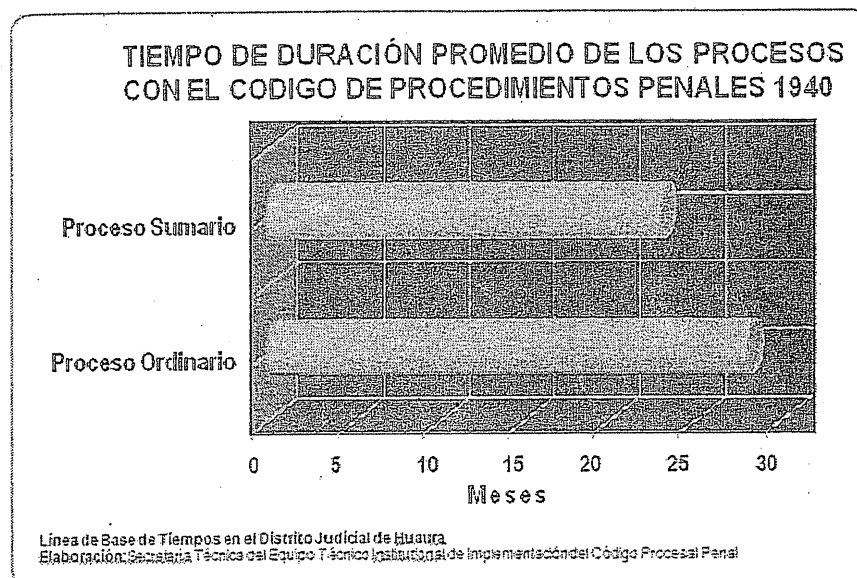
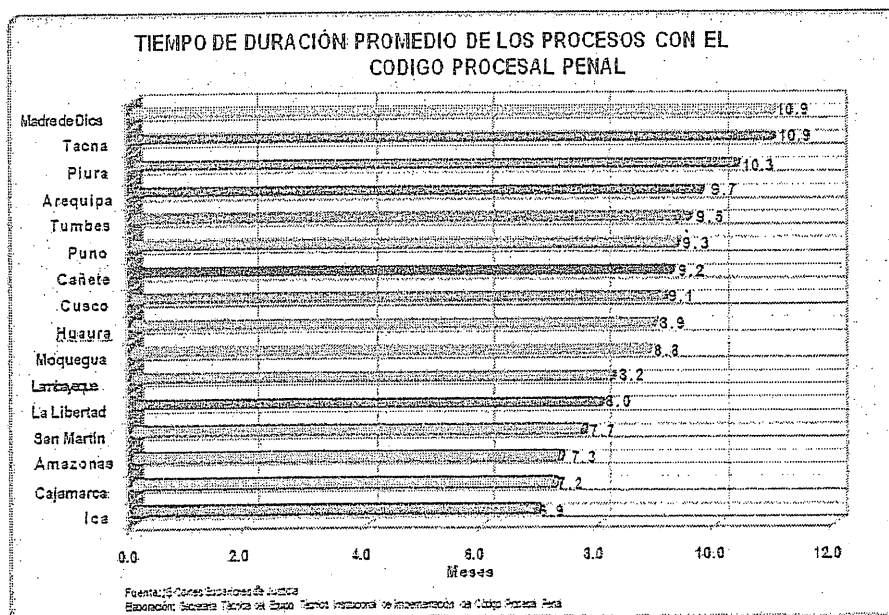


Gráfico 2



Adviértase de la muestra tomada, que tanto los Distritos Judiciales que iniciaron con el CPP2004 en el año 2006, como Huaura, o que iniciaron en el 2010 como Cajamarca mantienen un promedio de realización del proceso penal en 8.9 meses y 7.2 meses, respectivamente, es decir periodos inferiores a un año; que comparativamente al tiempo de duración del proceso sumario -del Decreto Legislativo 124- en promedio de 23 meses, existen razones para estimar que el nuevo modelo procesal aún es eficiente para alcanzar el ideal de administración de justicia oportuna.

Estos efectos también se han extendido en delitos de Corrupción de Funcionarios en 08 Distritos Judiciales -donde aún se encuentra pendiente la implementación del NPP2004 en su totalidad- como Lima, Lima Sur, Lima Norte, Callao, Ayacucho, Junín, Apurímac y Huancavelica.

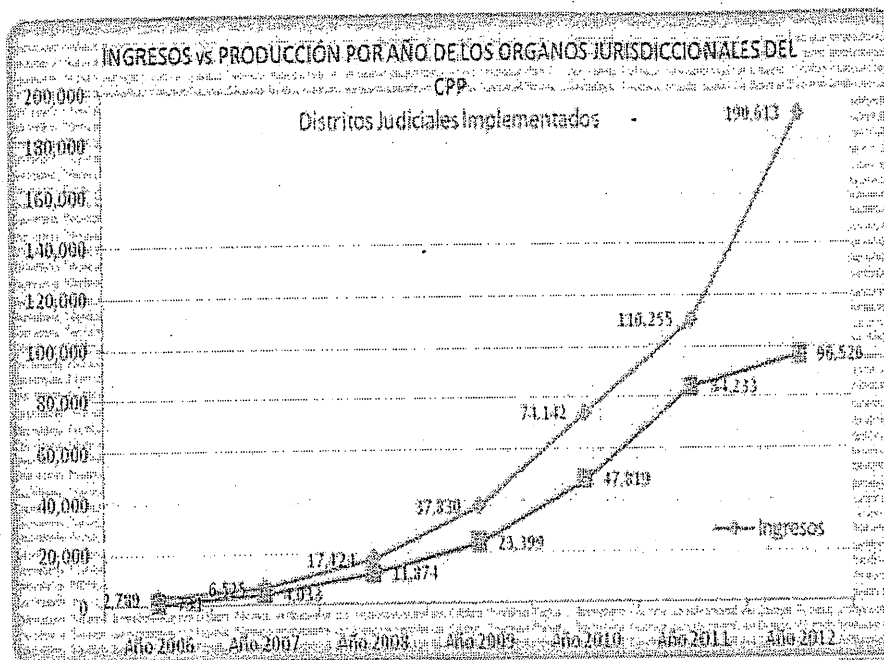
Dentro de nuestro esquema de administración eficiente del proceso también nos preocupa la evolución de la carga procesal, cómo es que esta se ha ido incrementando desde el 2006 al 2012 y cómo responde la reforma procesal ante este desafío; observemos las gráficas siguientes:

Gráfico 3

Expedientes ingresados y resueltos bajo la reforma judicial

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total
Ingresos	2,739	6,525	17,424	37,330	74,142	110,255	190,613	439,578
Producción	731	4,033	11,874	23,399	47,819	84,233	96,526	268,615

Gráfico 4



¿Qué advertimos? En términos generales, (i) que el número de expedientes penales ingresados es muy superior al número de expedientes resueltos; (ii) que entre el 2011 y 2012 el ingreso de expedientes penales se incrementó en un 222.60%, es decir de un incremento promedio de 36,113 expedientes en el 2011 se registró al 2012 un incremento de 80,388, haciendo un total acumulado de ingresos de 190,613; y (iii) esta cifra no tendría importancia si la producción creciera al mismo ritmo, pues ocurre que en el mismo periodo (2011 – 2012) esta experimentó un decrecimiento, pues para el 2012 solo registró un incremento del 33.75% con relación al año anterior que alcanzó en promedio 36, 414 expedientes resueltos, es decir la producción en el 2012 decayó en un 66.25%.

Estas conclusiones informan de una realidad preocupante: no solo implica la asignación de recursos para la contratación de personal, compra de equipos que impliquen modernización y optimización del servicio en términos de acceso y seguridad

de la información, calidad de atención al usuario, entre otros; tareas en las que el Equipo Técnico de Implementación viene trabajando arduamente.

Nos preocupa encontrar soluciones para hacer del Proceso Penal más eficiente en términos de realización del proceso a un menor costo para el usuario y para el Estado, y eficaz en términos de una respuesta inmediata al sistema de administración de justicia, garantizando la emisión de un fallo que respete las garantías procesales en el menor tiempo posible.

Hemos sido testigos de la satanización de los medios alternativos de resolución de conflictos, acuerdos reparatorios y criterios de oportunidad con fundamento en el desmesurado incremento de las penas vía reforma legislativa y el casi nulo impacto positivo en la delincuencia organizada, pues la imposición de penas mediante este mecanismo lejos de desalentar la comisión de hechos graves, resocializando y reintegrando al penado a la sociedad alienta la generación de conductas cada vez más reprochables por nuestra comunidad. Estamos acaso asistiendo a la perversión o deslegitimación del nuevo modelo procesal como el medio eficaz y eficiente para dar respuesta a la criminalidad, dentro del Estado de Derecho.

5. LA ACUSACIÓN DIRECTA Y EL PROCESO INMEDIATO. ¿ALTERNATIVA DE PROCESO EFICIENTE?

En el CPP de 2004, se estructura un solo proceso, es el denominado Proceso Común cuyas etapas se encuentran debidamente regladas, de Investigación Preparatoria, Intermedia y Juzgamiento. Además se establece la regulación por capítulos de procesos especiales como (i) el proceso inmediato, (ii) por razón de la función pública, (iii) de seguridad, (iv) por delito de ejercicio privado de la acción penal, (v) de terminación anticipada, (vi) procedimiento de colaboración eficaz, y (vii) de homologación judicial.

El proceso común es un proceso lato por excelencia, concebido sobre la base del ideal de limitar las actividades investigativas

dentro de un plazo -en etapa de investigación preparatoria para *casos complejos*: 12 meses (8 meses de plazo ordinario y 04 de plazo excepcional), y para *casos simples* (4 meses de plazo ordinario y 2 meses de plazo excepcional)- conceder a las partes la oportunidad para conocer y cuestionar la acusación, ofrecer y oponerse a la admisión de prueba, deduciendo excepciones u otros medios de defensa -etapa intermedia- y genera un espacio para el debate contradictorio en base a hechos y pruebas previamente admitidos, posibilitar su valoración y emisión del fallo en tiempos razonables -el juicio oral-.

La sucesión de la actividad procesal que demanda la realización del proceso común, tiene incidencia directa en el costo que afecta indirectamente el presupuesto asignado al servicio de administración de justicia. Es decir, no siempre un determinado proceso debe recorrer el tránsito de toda actividad que tiene reglada el proceso para la emisión del fallo que es el producto final. Existen mecanismos que posibilitan la emisión del fallo o conclusión del proceso mediante acuerdos reparatorios, principio de oportunidad, excepciones, cuestiones previas o mediante el denominado *proceso inmediato*.

El *proceso inmediato*, consideramos, no es una deformación del proceso común como lo fue la instauración -con el Decreto Legislativo 124- del proceso sumario que a lo único que conllevó fue a desnaturalizar el proceso ordinario concebido por el Código de Procedimientos Penales -aún vigente en 8 Distritos Judiciales a nivel nacional- empoderando al Juez y al Fiscal pervirtiendo la imparcialidad judicial y las garantías de un proceso debido.

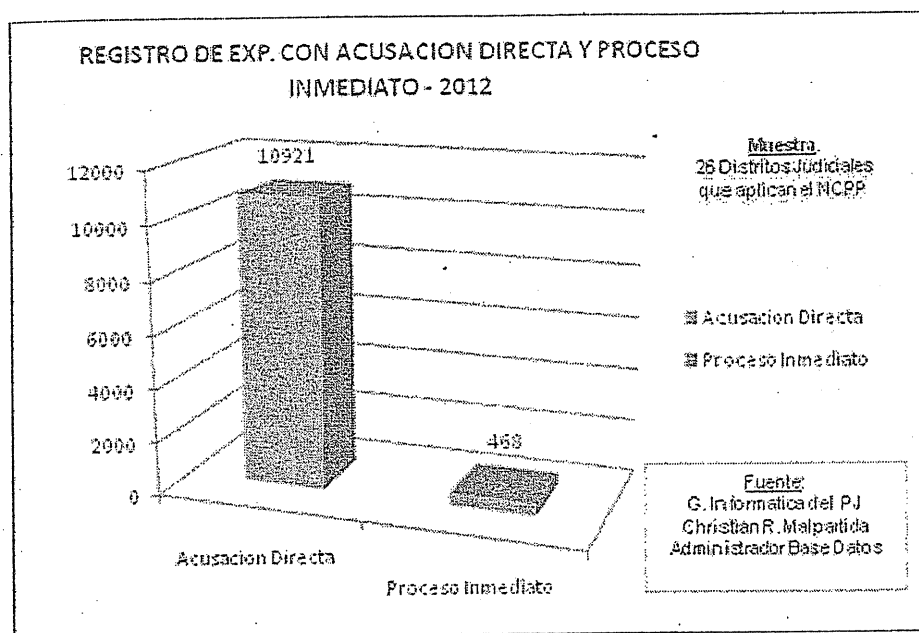
El *proceso inmediato* es concebido como proceso especial, limitado a determinados casos por circunstancias especiales, por su falta de desarrollo jurisprudencial y a su aplicación literal de los alcances del 446 a 448° del CPP de 2004 ha hecho en la práctica su casi nula o deficiente utilización como medio eficiente y eficaz para resolución de casos penales. Es decir, sobre la base de una interpretación del CPP de 2004 orientadas por una concepción formalista, se privilegia el excesivo ritualismo que los propósitos de la institucional procesal en comento considero rechazan.

Veamos los siguientes cuadros.

Gráfico 5

REGISTRO DE INGRESO DE PROCESOS PENALES CON ACUSACIÓN DIRECTA Y PROCESO INMEDIATO			
Periodo		Enero - Diciembre 2012	
Muestra		26 Distritos Judiciales	
Fecha		Abril - 2013	
Nro.	Sede	Acusación Directa	Proceso Inmediato
1	Lambayeque	2059	34
2	Arequipa	933	4
3	Tumbes	364	0
4	Amazonas	15	0
5	Ancash	13	0
6	Cajamarca	381	33
7	Cañete	406	3
8	Cuzco	326	12
9	Huancavelica	6	0
10	Huanuco	28	0
11	Huaura	674	0
12	Ica	873	128
13	La Libertad	1694	0
14	Loreto	1	0
15	Piura	1218	109
16	Puno	140	15
17	San Martín	150	1
18	Tarma	406	61
19	Ucayali	4	0
20	Del Santa	101	4
21	Tumbes	335	0
22	Madre de Dios	138	0
23	Moquegua	98	0
24	Cerro de Pasco	8	0
25	Lima Sur	1	0
26	Sullana	549	64
TOTAL		10921	468
Fuente: Gerencia de Informática del Poder Judicial Christian R. Malpartida Murata Administrador de Base de Datos Sub Gerencia de Producción y Administración de Plataformas			

Grafico 6.



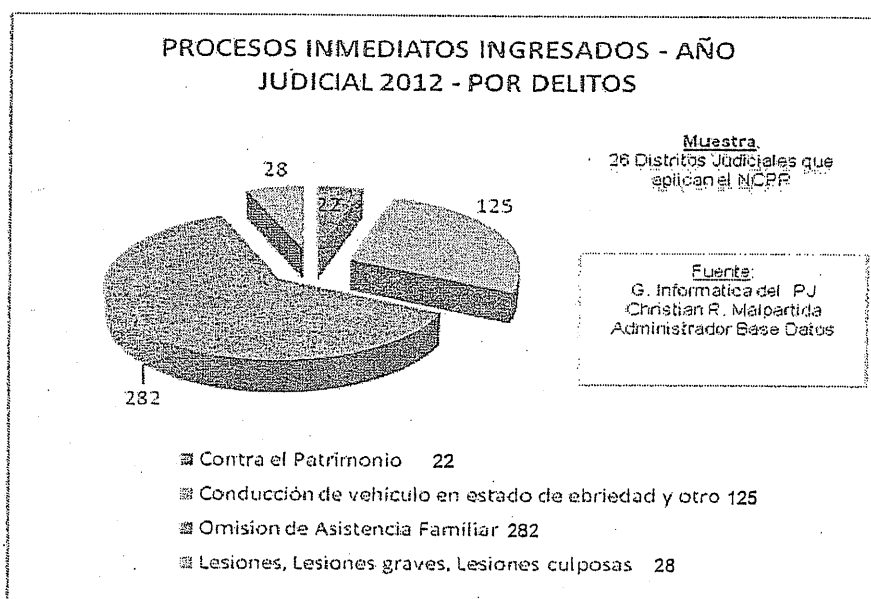
El análisis de los recuadros precedentes nos muestra la ostensible diferencia entre los procesos que ingresan por acusación directa en contraposición al proceso inmediato, que como se ha mencionado ha sido concebido como un proceso célere que tiende a hacer efectivo la emisión del fallo y conclusión del fallo abreviando las etapas del proceso común. No es posible que el supuesto de hecho del proceso inmediato siendo el mismo que el de la acusación directa *-suficiente evidencia sobre la realidad del delito y de la intervención del imputado en su comisión-* motive solo el 4.2% de la actividad procesal destinada a la conclusión del proceso en un plazo mínimo, con ahorros significativos que ello representa para el sistema de administración de justicia.

¿Qué ha ocurrido? Se ha entronizado la idea en el Juez, de que la acusación directa y el proceso inmediato son dos instituciones incompatibles, que la acusación directa no puede dar lugar al proceso inmediato o que este último no puede promoverse vía acusación directa.

El Acuerdo Plenario No.006-2010-CJ/116 ha señalado que son dos instituciones distintas, que la acusación directa tiene lugar en el proceso común, y el proceso inmediato -como proceso especial- tiene sus propias reglas. La práctica judicial expresó [véase Exp. 33-2007-La Libertad] que era posible instaurar a través de la acusación directa el proceso inmediato. La doctrina encabezada por el maestro Neyra Flores ha señalado que no es posible; pero también existe un sector disidente que rechaza este postulado – como hemos anotado [ver numeral 4]-.

¿Cuál es nuestra posición? Veamos primero los datos estadísticos, en el siguiente cuadro comparativo:

Gráfico 7.



La acusación directa y el proceso inmediato

Grafico 8.

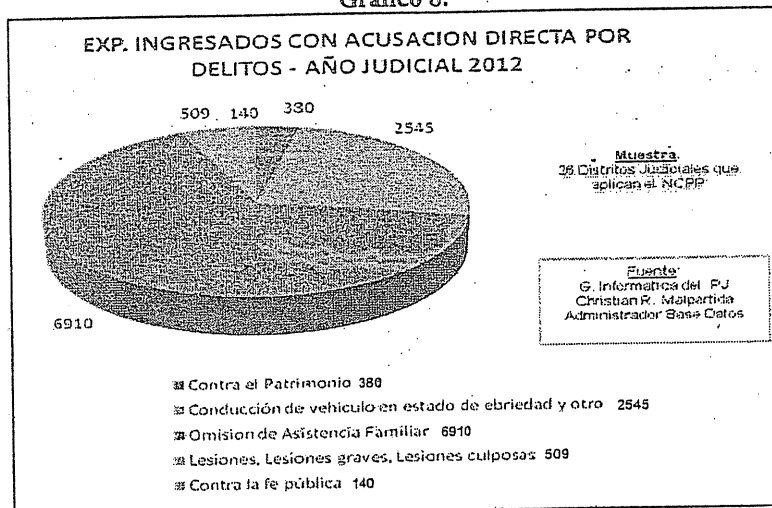


Grafico 9.

RESUMEN DE PROCESOS CON ACUSACION DIRECTA Y PROCESO INMEDIATO, POR DELITO (Ingresados durante el año judicial 2012. por delitos)			
Nro	Delitos	Procesos inmediatos	Acusación directa
1	Contra el Patrimonio	22	380
2	Conducción de vehículo en estado de ebriedad y otro	125	2545
3	Omisión de Asistencia Familiar	282	6910
4	Lesiones, Lesiones graves, Lesiones culposas	28	509
5	Contra la fe pública	1	140
6	Contra la salud pública	0	9
7	Contra la libertad sexual	0	22
8	Contra el Orden Financiero	3	12
9	Libramiento indebido	1	27
10	Contra la libertad personal	0	25
11	Contra la Administración de Justicia	1	1
12	Contra la Administración Pública	1	193
13	Contra la libertad de trabajo	1	40
14	otros	3	108
TOTAL		468	10921
Fuente: Gerencia de Informática del Poder Judicial Christian R. Malpartida Murata Administrador de Base de Datos Sub Gerencia de Producción y Administración de Plataformas			

Esta información nos muestra que en los delitos de menor lesividad como (i) Omisión de Asistencia Familiar, (ii) Conducción de vehículo en estado de ebriedad, y (iii) Lesiones, se vienen registrando mayor incidencia en el recurso de la acusación directa, siendo comparativamente muy superior al proceso inmediato.

¿Cuál es el obstáculo? ¿Acaso en estos delitos es difícil acopiar la evidencia que acredite su comisión y la identificación del imputado? ¿Por qué no vía acusación directa dar lugar a un proceso inmediato, omitiendo la investigación preparatoria y etapa intermedia? ¿Cuáles son los reparos? ¿Estos acaso afectan garantías procesales o los fines del proceso?

El profesor Neyra Flores, en sendas oportunidades ha señalado y así lo registra su obra *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral* que la razón de los procesos especiales en el NCPP obedece a la simplificación procesal como método de descarga de casos. Si esto es así por qué impedimos en la práctica que la acusación directa no se convierta en una posibilidad para incoar el proceso inmediato, si la práctica nos ha demostrado que esta alternativa es más viable.

El maestro Gimeno Sendra señala que los procesos especiales encuentran su justificación en razones específicas, **que en el orden penal pueden derivarse fundamentalmente de las características del delito o de la persona a enjuiciar**, y la necesidad de lograr mayor eficacia y celeridad por razones de política criminal. Esta tesis afirma la idea de proceso especial que postula Neyra Flores, y que resulta oportuna a la luz de lo que nos demuestran la incidencia de casos en nuestro medio, ¿Pero cuánto hemos hecho para hacer que el proceso inmediato sea el medio más idóneo para responder con éxito a una elevada carga procesal y no solo quedarnos en el 4.2% por año? Creo que muy poco, porque nos hemos propuesto colocar barreras y distinguos que la Ley no hace, haciendo de su aplicación vía acusación directa, un mecanismo irrealizable que no solo afecta el sentido de justicia rápida y oportuna que busca una litigante madre de familia agobiada, que concluye un proceso de ali-

mentos impago para litigar en otro, que igualmente se torna tortuoso, o el Estado que no habla ni reclama pero asume el costo, cuando inicia el proceso de peligro común por conducción en estado de ebriedad y debe esperar trámites engorrosos antes de que el sistema decida resolver un asunto simple.

¿Por qué no acusación directa y proceso inmediato? Veamos el siguiente recuadro:

Acusación Directa	Proceso inmediato
Si las diligencias actuadas preliminarmente establecen: 1. suficientemente la realidad del delito y 2. la intervención del imputado en su comisión.	Procede cuando: a) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito; o, b) el imputado ha confesado la comisión del delito; o, c) Sean evidentes, los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares

El análisis nos dice que los requisitos para la instar ambas instituciones son los mismos. En otros términos los fundamentos que hacen efectiva la acusación directa y el proceso inmediato no son otros que desterrar trámites innecesarios para llegar a la emisión de un fallo, porque las evidencias que justifican la acusación se encuentran satisfechas. Puedo asumir sin temor a incurrir en una falacia, que los presupuestos de la acusación directa son más oficiosos que el proceso inmediato, pues sostener suficientemente establecido, asumo probado la realidad del delito y la intervención del imputado constituyen indicativos de prueba que no admite, en teoría, controversia. Entonces, insisto ¿Por qué la acusación directa no da lugar al proceso inmediato?

Se ha señalado que la acusación directa tiene lugar en el proceso común y que solo limita la continuación de la etapa de investigación preparatoria, considero que no. Es cierto que la acusación directa se encuentra reglada dentro del Libro del Proceso Común y dentro del Título de la Investigación Preparatoria, empero ¿Quién puede negar que las reglas del proceso común no son aplicables al proceso inmediato? creo que nadie, porque si bien el Código ha establecido reglas especiales en los

artículos 446° a 448°, estas reglas no hacen por sí mismas que el proceso inmediato se realice sino se recurre a las reglas del proceso común respecto del control de la acusación y del juicio. En otros términos el proceso especial puede bien ser un proceso especial, empero como especie subsiste bajo las reglas del proceso común, de ahí que nadie pueda sostener que porque la acusación directa se encuentra en otro capítulo, no pueda hacer posible un proceso inmediato.

También se señala que, de promoverse el proceso inmediato vía acusación directa, se afectaría el *control formal* limitando la posibilidad de que las partes puedan cuestionar la decisión del fiscal -dentro del plazo de tres días-. El Acuerdo Plenario No.06-2012-CJ/116 Fj. 18, ha insistido en que este *control* tiene lugar con la oposición o no al proceso inmediato y admite la posibilidad de que puede expresarse en una audiencia. En definitiva consideramos:

- (i) Según el Código, la decisión de ir o no a un proceso inmediato corresponde al Juez de Investigación Preparatoria quien califica la concurrencia de los presupuestos que establece el artículo 446.1, admitiendo o rechazando la pretensión que puedan oponer las partes al pedido fiscal;
- (ii) A las partes le asiste el derecho de oponerse o no al inicio del proceso inmediato, empero qué efectos genera la oposición si esta puede ser admitida o rechazada por el Juez. Se señala que coadyuva en el ejercicio de la función judicial, es cierto y no lo negamos, pero consideramos que la intervención de las partes o no en esta fase, no pervierte el procedimiento y menos genera indefensión por cuanto la calificación en estricto, de la pretensión del Fiscal, corresponde al Juez en base al cumplimiento de determinados requisitos, cuya constatación no precisa necesariamente un debate previo a la audiencia;
- (iii) Entonces ¿las partes pueden ejercer su derecho a contradecir la pretensión fiscal en audiencia? consideramos que sí. Ante esta posibilidad, qué motiva la inclusión en el Có-

digo de una disposición que manda correr traslado de la solicitud fiscal, consideramos que un exceso de ritualismo garantista, porque si lo que se pretende es garantizar a las partes que conozcan de la pretensión Fiscal, este requisito puede tener lugar tomando conocimiento de la solicitud por medio del despacho fiscal –donde también se acreditan- o cuando son convocados directamente a la audiencia, de ahí que resulta innecesario el traslado del pedido fiscal por parte del Juez;

- (iv) otra cuestión es el plazo de tres días previo a la resolución o realización de la audiencia. Aquí la práctica en la aplicación del Código nos ubica en dos supuestos (a) cuando se está frente a un supuesto de delito flagrante con detenido, siendo determinante la realización de una audiencia inmediata dentro del plazo de tres días, y (b) cuando no hay delito flagrante y menos aun detenido, en cuyo caso puede convocarse a una audiencia dentro del plazo de tres días.

En definitiva, no entendemos qué implicancia tiene el hecho que el Código imponga observar un plazo, a nuestra consideración el periodo máximo de tiempo que debe observarse para generar el acto procesal y resolver la cuestión propuesta, porque no existe más irracionalidad que interpretar la norma cultivando excesos que lo único que generan son excesivos costos al sistema y pervierten el proceso, en contra de un eficiente servicio de administración de Justicia.

7. LA ACUSACIÓN DIRECTA Y EL PROCESO INMEDIATO. NUESTRA PROPUESTA

Siguiendo la línea de argumentación expuesta, consideramos que la interpretación correcta de las instituciones que regulan los artículos 336.4, y 446 a 448 del Código Procesal Penal de 2004, deben acoger también los siguientes criterios de interpretación:

- a) En el CPP de 2004, si bien la *acusación directa* en forma sistemática ha sido ubicada dentro de las disposiciones que

regulan el proceso común, ello no significa que su aplicación esté restringida únicamente a este proceso, pues el Código no le reconoce autonomía restringida solo para hacer posible determinadas etapas –intermedia y de juzgamiento- del proceso común, sino en la medida que resulte aplicable se extiende a activar el inicio de los procesos especiales.

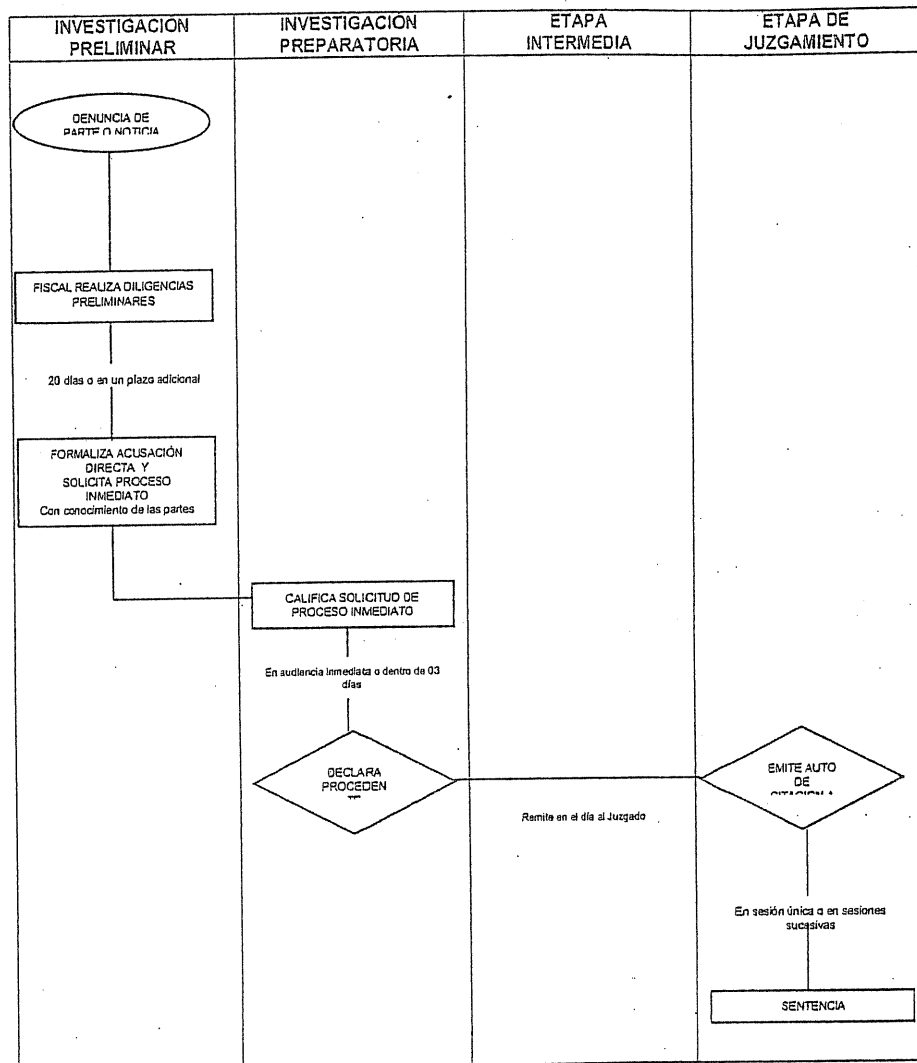
- b) El *proceso inmediato*, como mecanismo de resolución de procesos penales en forma oportuna y eficaz en el CPP de 2004, si bien se rige especialmente por las disposiciones de los artículos 446 a 448 del Código Procesal Penal, ello no significa que en cuanto sean compatibles a su propósito, las demás disposiciones del Proceso Común le sean aplicables.
- c) La *acusación directa* y el *proceso inmediato* tienen su razón instrumental en los mismos supuestos, de ahí que en el inicio del segundo no puede ser ajena la acusación directa. Ante esta posibilidad, las normas que establecen el trámite previo de la solicitud de proceso inmediato se flexibilizan, siendo necesario únicamente que el Despacho Fiscal ponga en conocimiento de la acusación directa y, acumulativamente, la solicitud de proceso inmediato a las partes, en forma simultánea a su formalización ante el Juez de Investigación Preparatoria, quien puede convocar a una audiencia inmediata –si concurre motivos de urgencia como proceso en flagrancia o con detenido- o resolver la solicitud fiscal dentro del plazo de tres días –cuando no hay detenido-. Admitida la solicitud de proceso inmediato, se remite de inmediato al Juez Penal, quien igualmente puede convocar de inmediato a audiencia para emitir el auto de enjuiciamiento, citación a juicio e iniciar el juicio oral.

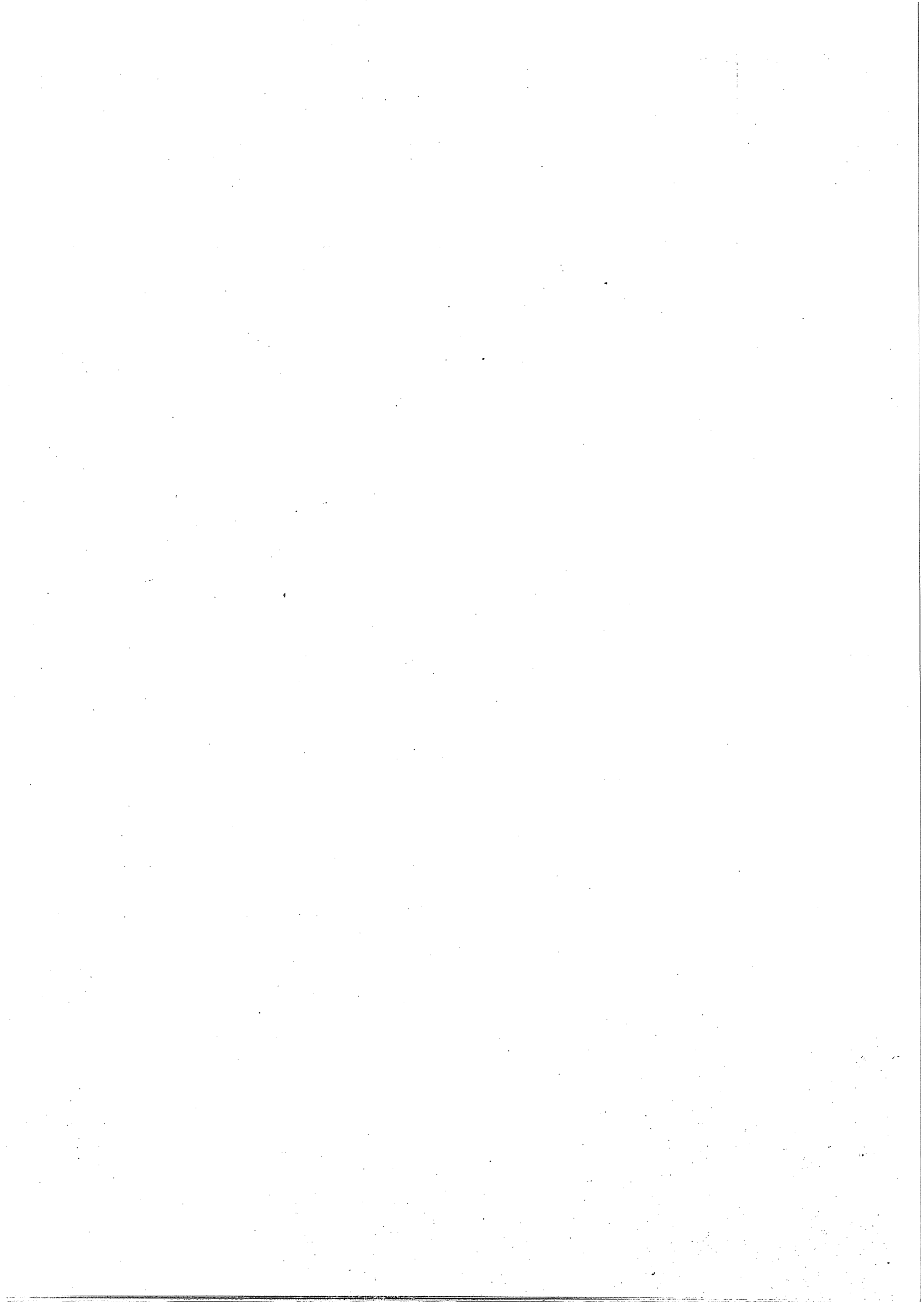
En definitiva, proponemos que siguiendo una interpretación sistemática de las instituciones del Código Procesal Penal, desterrar prácticas que con exceso de ritualismo afectan los postulados de eficiencia y eficacia que motivaron su concepción.

La acusación directa y el proceso inmediato

Gráfico del proceso inmediato,
según las reglas de nuestra propuesta:

TRÁMITE DEL PROCESO INMEDIATO
SEGÚN LAS NUEVAS REGLAS





**LAS COSTAS EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL, DESDE LA VISIÓN
DEL PROCESO CIVIL**

Martín Alejandro Hurtado Reyes ()*

(*) Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima. Doctor en Derecho, Magister en Derecho Procesal y en Derecho Civil y Comercial. Profesor del Post Grado de la Universidad San Martín de Porres y la Academia de la Magistratura.

1. INTRODUCCIÓN Y ADVERTENCIA

Con este breve trabajo me aventuro a introducirme en "arena movediza" para mí (inmiscuirme en una materia no habitual para mí, por la formación civil que tengo), con el afán de analizar una figura procesal regulada en el nuevo Código Procesal Penal (en adelante CPP) como son las "costas", obviamente tomando como punto de partida lo regulado en el Código Procesal Civil (en adelante CPC) y tomando en cuenta las experiencias ganadas desde el año 1993 en esta especialidad, a partir de la vigencia del código en materia civil.

La falta de experiencia en materia penal nos puede llevar a algunos equívocos o expresar ideas erradas sobre el derecho procesal penal. Aunque no pretendo convertirme en un experto en esta área del Derecho al redactar este artículo, mi intención es aproximarme a un estudio superficial de un tópico nuevo para los penalistas, en este caso en particular, a las costas que ahora aparecen reguladas en el CPP. El aporte que pretendo brindar con este breve trabajo es proporcionar mi corta experiencia en materia civil sobre el tema, la misma que pueda servir de base para un mejor tratamiento en las decisiones que se adopten en el desarrollo del proceso penal en lo referente a las costas.

La curiosidad por este tópico nació al ser convocado por mi colega Susana Castañeda Otsu para disertar ante jueces y auxiliares en materia penal un tema que consideraban poco desarrollado y que aparecía en el CPP. A esa charla la titulamos "Las costas en el Código Procesal Penal desde una visión del proceso civil" y a pedido de mi colega nace este artículo. Espero que cumpla las expectativas.

2. CONCEPTOS BÁSICOS

El litigio en el Perú tiene un costo, la justicia, aunque se diga lo contrario, no es gratuita, pues siempre hay un gasto que asumir, por más pequeño que este sea.

No es posible afrontar un proceso judicial sin requerir del auxilio técnico del abogado (aunque este puede ser suplido por defensores de oficio), el abogado se vuelve imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. Tampoco nos podemos embarcar en un proceso sin calcular cuáles son los costos económicos que debemos afrontar: tasas judiciales, pagos al auxilio judicial (peritos, traductores, intérpretes, etc.), gastos en general (notariales, registrales, copias certificadas, copias simples, publicaciones para remate, etc.).

Se afronta un proceso sabiendo que lo que gastamos durante el trámite judicial, será reintegrado por la parte vencida. Si logramos vencer a nuestra contraparte ella deberá restituir todo lo gastado.

La *repetición* (o *reembolso*, aunque alguna posición teórica sostiene la idea de un *resarcimiento* por los gastos ocasionados) de lo gastado en el proceso por la parte vencedora, es lo que llamamos condena en costos y costas en el proceso civil, nuestra legislación penal –como veremos– le llama condena en costas. Aunque actualmente la doctrina prefiere llamarle *gastos procesales*, sin hacer distinción entre lo gastado en el proceso y los honorarios del abogado.

Los costos y costas, se constituyen en una condena accesoria a la decisión de fondo,^[1] lo que implica imponer una prestación a cargo de la parte vencida (tesis del *vencimiento*, porque corresponde al vencido, al derrotado), haciéndola responsable de la devolución de lo gastado por la parte vencedora.

[1] “El pago de costas y costos es un asunto accesorio que no versa sobre el fondo de la asunto ni sobre las razones por las que se declara concluido el proceso, en tal sentido su invocación no resulta factible en casación por cuanto en esta vía solamente se discute los errores *in iudicando*, que tienen que ver con el fondo del asunto o los vicios procesales que inciden sobre el trámite del proceso principal” (Casación N° 3322-00-Callao, *El Peruano*, 31.07.2001).

3. ANÁLISIS COMPARATIVO

En las siguientes líneas haremos un análisis comparativo del instituto procesal, haciendo saber lo que regula nuestro CPC y la recepción de la misma figura procesal en el CPP.

• PRIMER APUNTE

En primer lugar podemos indicar que nuestro CPC hace una separación de los conceptos de costos y costas (arts. 410 y 411). Las costas están integradas por los gastos de tasas judiciales, cédulas de notificación, honorarios de auxilios judiciales (peritos, depositarios, martilleros, etc.) y los gastos judiciales (pago de tasas en los Registros Públicos o cualquier otro gasto que se haya derivado de un mandato judicial); los costos se encuentran conformados únicamente, en materia civil, por el pago de honorarios de los abogados. A los primeros la doctrina los conoce como costas procesales y a los segundos costos personales^[2].

Por el contrario, el CPP no hace esta diferencia y unifica —al parecer— ambas categorías en el concepto de costas, incluyendo en la misma las tasas judiciales (para procesos de acción privada), gastos judiciales, honorarios del abogado, los honorarios de los auxilios judiciales no dependientes del Estado (peritos, interpretes, traductores, etc.).

Esta podría decirse que es la primera diferencia legislativa que encontramos en ambos códigos. En el CPP se han fusionado los conceptos que aparecen en una dicotomía en el CPC.

Al parecer se hace comprensible la fusión de estos conceptos en una sola categoría (en el CPP), si consideramos que en el proceso penal (salvo en aquellos procesos de acción privada) las partes no pagan

[2] “El concepto de costas está constituida por el conjunto de gastos efectuados por las partes en un juicio y que constituyen objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia, estableciéndose como principio generalmente aceptado que la parte vencida totalmente en juicio paga sus gastos y los de la parte contraria; enunciado este concepto, la ley hace la siguiente distinción: a) costas procesales, constituidas por los gastos judiciales efectuados; y b) costos personales, comprende el pago de honorarios del abogado de la otra parte” (Casación N° 2544-97-Lima, *El Peruano*, 16.08.2000).

tasas judiciales ni cédulas de notificación, además que los honorarios de los auxilios judiciales (pericias u otras pruebas ordenadas por el juez) no son cubiertas —normalmente— por las partes, debido a que la mayoría de los auxilios judiciales son dependientes del Estado o de instituciones especializadas. Aunque podemos decir que no encontramos justificación para separar estos conceptos (como lo hace el CPC) ya que finalmente todos son gastos asumidos en el proceso por el vencedor, por lo cual se sugiere denominarles simplemente “gastos judiciales”.

• **SEGUNDO APUNTE**

El CPP obliga al juez penal a fijar (497.1) costas en la decisión que ponga fin al proceso o en aquellas que se resuelvan incidentes de ejecución, estableciendo además que la decisión con la que se fija costas debe ser **de oficio y motivada**. Aunque resulta admisible que el juez penal en casos concretos pueda decidir por la exoneración de este concepto “cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso”. (497.3).

En el proceso civil, la regla no es similar, ya que el juez fija los costos y costas a cargo de la parte vencida, sin precisar que esta prestación a favor del vencedor requiere motivación, lo cual exonera al juez de justificar (motivar) cómo llegó a esta conclusión. Por el contrario, la norma procesal señala como obligación de motivar cuando se produce la exoneración de los costos y costas (por ejemplo, cuando el juez se encuentre convencido que estuvo justificado el ejercicio del derecho de acción o contradicción).^[3]

El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser exigido mediante demanda y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración (artículo 412 CPC).

[3] “Es de cargo de la parte vencida el reembolso de las costas y costos del proceso, salvo declaración judicial expresa y motivada. Si el juez ha ordenado que el demandante no está obligado al pago de las costas y costos, sin motivar expresamente tal exoneración, debe ser de modificación dicho extremo de la apelada, ordenando el pago de costas y costos del proceso a la parte vencida” (Expediente N° 505-97, Primera Sala Civil de Lima, 27 de octubre de 1997).

— Las costas en el Nuevo Código Procesal Penal, desde la visión del proceso civil —

La regla al parecer tiene similitudes en cuanto a que los costos en el proceso penal se deben fijar de oficio y en el proceso civil los costos y costas no requieren ser demandados y se deben fijar a la parte vencida, lo cual propone finalmente una fórmula oficiosa en el proceso civil, pues deben fijarse o exonerarse aun si no fueron demandadas.

• TERCER APUNTE

La exoneración de la fijación de costos y costas en el proceso civil —como ya lo dijimos— apunta a determinar cuáles serían los criterios objetivos que puedan llevar a liberar —correctamente— a la parte vencida de estos conceptos, pues la norma procesal solo señala que la exoneración se manifiesta con una “declaración judicial expresa y motivada de exoneración”, sin precisar cuáles serían aquellos.

En la práctica judicial, la exoneración (o exención) de pago de costos y costas suele estar previsto en la misma norma procesal: el Estado en general, las universidades públicas, los que tengan auxilio judicial (también hay auxilio judicial en el proceso penal, artículo 499.2), los demandantes en el proceso de alimentos, los que se allanan o reconocen la demanda, entre otros. Esta misma regla utiliza el proceso penal (artículo 499 CPP).

En otros casos, dependiendo de la situación particular de cada proceso, se debe verificar si la parte vencida en el proceso tuvo razones justificadas y suficientes para litigar^[4] como demandante (creyendo tener el derecho para sostener la tesis que sustenta su pretensión) o para defenderse como demandado (si su defensa no fue obstructiva, dilatoria, tendenciosa o que pretendió burlarse de la parte demandante),

[4] “Merece exonerar del pago de costas y costos al litigante que ha tenido motivos atendibles para litigar, en razón del daño sufrido a su salud, lo que le ha motivado intentar conseguir una reparación, aunque en forma incorrecta” (Expediente N° 3702-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. III, pp. 404-405). “Debe exonerarse a la actora del pago de los gastos procesales por haber tenido motivos suficientes para interponer la acción, no obstante hallarse la misma equivocada en cuanto a su petitorio” (Expediente N° 1298-98, Sala de Procesos Sumarísimos. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual*, Gaceta Jurídica, T. III, Lima, 2005, p. 406.

si erró al momento de postular la pretensión o encontrarse convencido de la victoria frente a su contraparte, cuando en realidad no le asiste el derecho, entre otros supuestos.^[5]

En la legislación penal se ha previsto una regla de apoyo para decidir la eximir el pago de las costas, la cual señala que “las costas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso” (artículo 397.3).

En todo caso, aun con la regla contenida en el artículo 397.3 del CPP, podemos decir que la misma utiliza un lenguaje de textura abierta o indeterminado, pues es difícil definir (en cada caso) cuándo un sujeto en un proceso, en este caso en el proceso penal, tendría “razones serias y fundadas” para promover o intervenir. En esta situación corresponde a la judicatura completar el contenido de las mismas y, en el caso por caso, definir con criterios objetivos en qué situaciones correspondería eximir al sujeto que promovió o intervino en el proceso.

• CUARTO APUNTE

“La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de Casación” (artículo 412 CPC).

“La condena en costas se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda instancia revoca la de primera instancia, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte Suprema en el recurso de casación.” (Artículo 505.1 CPP).

^[5] La exoneración puede estar sustentada según Gozaini en lo siguiente: i) cuando la pretensión origina una situación dudosa del derecho que se invoca; ii) cuando existe incertidumbre de las cuestiones de hecho; iii) cuando existe la convicción de obrar conforme a Derecho; iv) cuando se utiliza el proceso como medio de intimidación citado por LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Gaceta Jurídica, T. II, Lima, 2008, pp. 315-316.

— Las costas en el Nuevo Código Procesal Penal, desde la visión del proceso civil —

Podemos apreciar que tanto el artículo 412 segundo párrafo del CPC y el numeral 505.1 del CPP contienen una misma regla: cada una de las instancias en las que trasunta el proceso, sirve de referencia para fijar el monto del concepto aludido, sabiendo que la casación no es una instancia más del proceso (porque ya no hay valoración de prueba, como sí ocurre en otros estadios del proceso), se toma en cuenta para definir el pago de este concepto si las partes interpusieron este recurso.

En ese sentido, el monto de costas (CPP) o costos y costas (CPC), se incrementará o se reducirá, dependiendo del sentido de la decisión y ante qué tipo de autoridad judicial concluyó el proceso.

Otra regla a tomar en cuenta para definir en el proceso civil los conceptos de costos y costas, es que el juez debe establecer el monto de los mismos y señalará quién es el obligado (s) y el beneficiado (s), para lo cual debe considerar asimismo las incidencias del proceso, debiendo igualmente fundamentar su decisión (artículo 441 CPC).

Sin embargo, en el proceso penal el legislador ha contemplado situaciones más precisas sobre el particular (artículo 505): se menciona la posibilidad de fijar el concepto de costas en porcentaje, cuando son varios los obligados a pagar este concepto, sin dejar de mencionar que el mismo puede ser pagado de forma solidaria. De común en el proceso civil, el pago de costos y costas participa de la regla de la solidaridad, no es usual —aunque podría hacerse— parcelar en porcentajes este concepto. El proceso civil usa como referencia a las pretensiones discutidas y resueltas: si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor (artículo 412 tercer párrafo).

En casos de porcentaje, en el proceso penal resulta más complicado definir cuál debería ser el criterio que se utilice para ello, ya que la norma señala que “se atenderá especialmente a los gastos que cada uno de ellos hubiere provocado, a su conducta procesal, y al resultado del proceso o incidente en proporción a su participación procesal y a las razones para litigar”, es decir, que hay que revisar diversas situaciones en el proceso que lleve al juez a definir qué porcentaje debe fijar a cada uno de los vencidos. Lo más práctico, sino es posible determinar el grado de gastos que ocasionó cada uno de los vencidos, es acudir a la fórmula de la solidaridad. Esto ocurre, por ejemplo, en

el supuesto del artículo 500.3 CPP cuando son varios los condenados por un mismo delito.

• **QUINTO APUNTE**

El concepto de costas es susceptible de fijarse en el proceso penal, en todas las decisiones que pongan fin al proceso o incidencia de ejecución, incluye investigación preparatoria, ejecución de penas, consecuencias accesorias y medidas de seguridad.

No es posible fijar este concepto en los procesos por faltas, inmediatos, terminación anticipada y colaboración eficaz. Tampoco procede en los procesos por ejercicio privado de la acción penal si culmina por transacción o desistimiento.

En el proceso civil el concepto de costas y costas se usa fundamentalmente en la sentencia para hacer responsable al vencido en el proceso principal de estos conceptos que se deben liquidar en ejecución de la decisión; sin embargo, el mismo Código admite que se puedan establecer estos conceptos en determinadas incidencias, por ejemplo, para el recurso de casación, para el recurso de queja, para las excepciones y defensas previas, entre otros.

• **SEXTO APUNTE**

Si lo usual en el proceso penal es que intervenga el representante del Ministerio Público, el imputado, el agraviado, los abogados de la defensa, el Procurador Público, el actor civil, el Juez y el tercero civil, entonces nos preguntamos quiénes son susceptibles de ser afectados por el pago de costas.

Según mi punto de vista, la respuesta se restringe a tres sujetos: al imputado, al actor civil y al tercero civil, ya que ni el Ministerio Público, ni el Juez, ni los abogados, apoderados u otros representantes, ni el Procurador Público, son susceptibles de esta carga económica.

En consecuencia, en todo proceso o incidente en el que hubieran participado o lo hubieran promovido, serán pasibles de la imposición de costas, el imputado, el actor civil o el tercero civil, salvo exoneración expresa y motivada.

— Las costas en el Nuevo Código Procesal Penal, desde la visión del proceso civil —

El imputado será pasible de costas cuando es declarado culpable o cuando se le impuso una medida de seguridad. Lo mismo cuando el mismo imputado haya provocado su propia persecución penal.

Si el imputado es absuelto se impondrá costos al actor civil, siempre y cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe, es decir, cuando su participación en el proceso hayan afectado ostensiblemente el deber de moralidad en el proceso.

Si se determina la responsabilidad civil en la sentencia y se impone la correspondiente reparación civil, el imputado y el tercero civil pagarán solidariamente las costas.

Si no se impone la responsabilidad civil, pagará las costas el actor civil. Si la acción civil no puede proseguir, cada parte soportará sus propias costas.

En los procesos por acción privada, si el imputado es vencido, deberá pagar las costas del proceso, siempre que se presente el supuesto del artículo 136 del CP (difamación o injuria encubierta o equívoca).

En el proceso civil, no hay tanta complejidad para decidir quién debe pagar las costas y costos, ya que usualmente hay una parte demandante y otra que llamamos demandada. También pueden haber terceros legitimados, siendo pasible del pago de este concepto la parte vencida; si fueran varios los que integran la parte, se impone el criterio de solidaridad.

• SÉTIMO APUNTE

Las costas y costas se fijan en la sentencia o en el incidente que se haya promovido, pero regularmente se liquidan estos conceptos en la etapa de ejecución de lo decidido.

Con lo cual tenemos que existen dos momentos marcados para el tema: i) en la sentencia se fija genéricamente quién se debe hacer cargo de estos conceptos (la parte vencida); y ii) se establece el monto liquido de los conceptos, previa liquidación y presentación de la documentación sustentatoria. El concepto genérico aparece en la primera y el monto preciso, en la segunda.

En el proceso civil, el concepto genérico de costas y costas a cargo de la parte vencida, cuando es fijado en la sentencia, es posible apelarlos conjuntamente con lo decidido respecto del tema de fondo, pero igualmente se puede apelar de forma autónoma, es decir, que solo se puede impugnar este extremo de la sentencia, independiente de lo resuelto sobre el fondo de la controversia.

La suma fija de estos conceptos (cuando ya se liquidaron los mismos), es decir, la aprobación de la liquidación de costos y costas es igualmente susceptible de impugnación, en el caso de las costas solo es impugnables si el vencido observó previamente la liquidación (artículo 417 CPC).^[6]

En el proceso penal, al parecer el legislador impuso una regla que condiciona la impugnación autónoma de las costas a que la resolución en la que se encuentra contenida sea susceptible de ser impugnada

El CPP señala que en la parte deliberativa y en la sentencia se deben considerar —cuando corresponda— las costas (artículos 393.g 394.5), obviamente si este concepto se encuentra contenido en la sentencia y la misma es “susceptible” de impugnación (artículo 416.a CPP), entonces, no queda duda que se podrá impugnar también este concepto. Pero, si se encontrara contenida en resolución declarada como no apelable, la situación será diferente, la impugnación aquí no es posible.

• OCTAVO APUNTE

Si las costas en el proceso civil están referidas a las tasas judiciales, a los gastos en auxilio judicial utilizados para el proceso y a cualquier

^[6] “La disposición contenida en el artículo 417 del Código Procesal Civil, no debe aplicarse de manera automática, si el juez encuentra razones atendibles que lo lleven a intervenir en la regulación del monto de las costas y costos. El juez está facultado para ordenar una pericia respecto a las costas. Ella no solo procede cuando se ha formulado observación y su ofrecimiento corresponde a la parte que la hubiera realizado. El juez aprobará el monto de los costos procesales atendiendo los documentos presentados. Cuando es evidente la desproporción entre el monto aprobado y el que acrediten los documentos presentados debe reformarse”. Expediente N° 989-2002. Tercera Sala Civil de Lima, 08 de julio de 2002. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. VI, p. 543.

— Las costas en el Nuevo Código Procesal Penal, desde la visión del proceso civil —
otro gasto ocasionado con relación al proceso, estos conceptos se deben encontrar debidamente sustentados.

Las tasas judiciales corren anexas al expediente, respecto de las cuales no hay inconveniente para determinar su valor (verificando que sea auténtica, porque hay falsificaciones).

Con respecto al pago de los auxilios judiciales como peritos, martillero, depositarios, entre otros, los gastos deben ser acreditados con el correspondiente comprobante de pago (recibo por honorarios profesionales).

Los otros gastos judiciales, como los gastos registrales (por ejemplo, para inscribir una medida cautelar), las publicaciones para remate, etc., se debe sustentar el gasto con los correspondientes comprobantes de pago que acredite el mismo.

En el caso de los costos, que se cifran en el monto pagado al abogado defensor de la parte vencedora, el vencedor debe cumplir con acreditar el pago, ello lo hace con el correspondiente recibo de honorarios profesionales cancelado, se debe anexar para mayor certeza del monto pactado como honorarios profesionales, el mismo que corre señalado en el contrato de locación de servicios. Asimismo, se debe acreditar el pago de los tributos por impuesto a la renta.

En el pago de costos es donde más se presentan los problemas, ello debido a que la parte vencedora muchas veces pretende cobrar sumas exorbitantes por este concepto, las cuales en la mayoría de casos no resultan razonables.

Estos pedidos de corriente se sustentan con los recibos por honorarios profesionales de los abogados, los que tienen plena concordancia con el contrato de locación de servicios e inclusive con el pago de impuestos; sin embargo, en la judicatura no se atiende el pedido de costos otorgando la suma peticionada, sino que se toman en cuenta otros criterios para fijar finalmente un monto razonable:^[7] i) la dura-

[7] "Si bien es de libre concertación entre el cliente y su abogado el monto de los honorarios, ello no obliga al juzgador a aprobarlo en forma irrestricta, no obstante estar indubitadamente acreditado su pago. Ellos deben ser apreciados pruden-

ción del proceso,^[8] es decir, cuánto duró el trámite judicial hasta la conclusión del mismo, siendo fijado este parámetro en años y meses; ii) instancias que recorrió el proceso,^[9] es decir, si hubo decisión en primera instancia, resolución de segunda instancia o si hubo recurso de casación y pronunciamiento de la Corte Suprema; iii) la complejidad del proceso, lo que cual implica determinar si la materia discutida tiene cierto grado de complejidad no solo para postular la demanda sino para el ejercicio del contradictorio, la acumulación de pretensiones, cuántas partes aparecen involucradas, si la actividad probatoria requiere de determinada actividad de las partes y el juez, entre otros aspectos; iv) la cuantía de lo discutido,^[10] algunos jueces consideran de suma importancia el *quantum* del proceso, pues estiman que los honorarios del abogado normalmente se pactan tomando en cuenta el monto de la pretensión, lo que puede ser cierto, no obstante el suscrito no comparte este criterio porque ello implicaría que las costas no son sino un porcentaje de lo que discute, sin reflexionar sobre otros criterios que pueden mejor sustentar la decisión para fijar los costos; v) la conducta asumida por la parte vencida, esto es, la conducta obstructiva, dilatoria, no apegada al deber de moralidad procesal que mostró la parte vencida para evitar que la decisión final llegue en el menor tiempo; vi) razonabilidad, es decir, que el monto de los costos se fije de forma razonable tomando en cuenta un conjunto de varia-

cialmente para no dar lugar a un abuso del derecho que la ley recusa" (Expediente N° 1183-97, Cuarta Sala Civil de Lima, 22 de agosto de 1997).

[8] "Si bien mediante un contrato privado de servicios profesionales, la defensa de la actora ha estipulado los costos del abogado, también es cierto que los costos personales deben fijarse prudencialmente, teniendo en cuenta el tiempo de la duración del proceso, las dificultades de la defensa, la conducta procesal de la demanda y la naturaleza del derecho defendido" (Expediente N° 22-97, Primera Sala Civil de Lima, 21 de mayo de 1997).

[9] "El juez debe regular los alcances de la condena en costos y costas, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso. Si la demanda ha sido amparada y confirmada por el Superior las costas y costos deben regularse teniendo en cuenta ello" (Expediente N° 809-98, Tercera Sala Civil de Lima, 27 de marzo de 1998).

[10] "Resulta razonable que la parte vencida cubra los costos del proceso, siempre que los pagos sean acreditados. Debe haber proporción y equidad con el monto que fue materia de cobranza" (Expediente N° 479-97, Cuarta Sala Civil de Lima, 28 de octubre de 1997).

— Las costas en el Nuevo Código Procesal Penal, desde la visión del proceso civil —

bles que puedan llevar a decidir correctamente sobre este concepto, sin afectar el derecho del vencedor a repetir lo pagado a su abogado por honorarios profesionales y por otro lado, cuidando de no generar una enorme carga económica al vencido con costas que no reflejen la actividad del abogado de la contraria. El monto de costos, debe ser siempre una respuesta objetiva del órgano jurisdiccional que no solo cubra las expectativas del vencedor, sino que fundamentalmente justifique la labor efectiva realizada por el abogado durante el proceso.

Para el fijado de costos en el proceso civil, el juez no suele utilizar la tabla mínima del Colegio de Abogados de Lima, debido a que la misma —en los casos reales— no responde a la realidad de lo ocurrido en el proceso, además de no estar obligado a utilizarla para el efecto.^[11] Aunque en algunos casos puede servir de referencia.^[12]

La legislación civil no ha previsto, como sí lo hace la penal, un **reglamento de costas** (el cual tengo entendido a la fecha no existe), en el cual se fijen los montos máximos para cubrir los honorarios de abogados y de los auxilios judiciales. Pero, aun existiendo el citado Reglamento, considero que el juez puede utilizar los criterios esbozados para fijar con justicia y objetividad los honorarios de los abogados y de todo aquel auxilio judicial que participe en el proceso.

[11] “El juez no solo debe apreciar la objetividad del monto de los costos, sino también la existencia o no de buena fe procesal de la parte vencida y las circunstancias del caso en atención al artículo 414° del Código Procesal Civil. Para fijar el monto de los costos debe tener en cuenta los distintos factores que ha puesto en juego el abogado en su labor de asistencia profesional y defensa, sin perjuicio de tener en cuenta el tiempo de duración del proceso, las dificultades de la defensa, la conducta procesal de la demandante y la naturaleza del derecho defendido. No resulta determinante recurrir a la Tabla de Honorarios Profesionales del Colegio de Abogados de Lima, porque se refiere a montos mínimos y se aplica solo cuando no se hubieran pactados los honorarios y estos tuvieran que ser fijados por los jueces Expediente N° 1702-97. Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos, 15 de mayo de 2000. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. VI, p. 544.

[12] “Los costos del proceso no requieren ser demandados y son de cargo de la parte vencida, salvo declaración expresa y motivada de exoneración, pudiendo el juez regular el monto de los honorarios con criterio prudencial y teniendo en cuenta la Tabla de Honorarios Mínimos del Colegio de Abogados” (Expediente N° 557-97, Primera Sala Civil de Lima, 09 de setiembre de 1997).

En suma, el juez siempre debe actuar con prudencia y razonabilidad al fijar los montos que debe restituir la parte vencida por estos conceptos, es necesario que utilice correctamente la discrecionalidad que se le otorga para este preciso objetivo.

Estos breves apuntes, pueden servir de guía para el juez penal al momento de fijar los montos por el concepto de costas.

• NOVENO APUNTE

Sobre la liquidación de las costas en el proceso penal, tenemos que esta tarea fue asignada por el CPP al Secretario del órgano jurisdiccional al que corresponda ejecutar este extremo de la decisión, me parece que normalmente al Secretario del Juez de Investigación Preparatoria, salvo que por disposición legal le corresponda a otro auxiliar jurisdiccional. En materia civil la parte vencedora propone la liquidación de costos y costas, el juez corre traslado a la parte contraria y finalmente aprueba o desaprueba la propuesta, fijando los montos correspondientes.

Obviamente, la liquidación se debe hacer una vez que exista firmeza de la decisión en la que se dispuso gravar a determinado sujeto del proceso del concepto de costas. No es posible liquidar si no hay cosa juzgada de la decisión que acordó el pago de costos a determinado sujeto en el proceso.

La liquidación debe incluir los conceptos contenidos en el artículo 498 del CPP, es decir, todos aquellos "gastos comprobados y correspondientes a actuaciones legalmente autorizadas", dentro de los que encontramos: i) tasas judiciales (solo para delitos de actuación privada); ii) todos los gastos judiciales (registrales, notariales o aquellos vinculados al proceso); y iii) los honorarios del abogado de la parte vencida y de los demás auxilios judiciales (peritos de parte, traductores, intérpretes) que no tienen coberturado su pago por el Estado.

Este último rubro (punto iii) tendrá algunas complicaciones, ya que no se podrá liquidar por el auxiliar jurisdiccional los honorarios del abogado y de los auxilios judiciales, si el mismo no cuenta con la información documentada presentada por la parte vencedora, para lo cual estimo que previo a la liquidación se debe pedir dicha

— Las costas en el Nuevo Código Procesal Penal, desde la visión del proceso civil —

documentación a esta parte o de lo contrario esperar a que la parte victoriosa promueva con la documentación sustentatoria, el pedido de liquidación de costas.

De los montos liquidados se debe correr traslado a las partes por tres días. Si no hay observación se aprobará la liquidación y no habrá impugnación alguna^[13]; para estas situaciones se debe cuidar mucho que la notificación de la liquidación llegue a conocimiento de todas las partes, porque suele ocurrir que en ejecución de la decisión final, los abogados han dejado de patrocinar a las partes y realmente nunca tomaron conocimiento de la misma. Ahora bien, una aprobación automática de los honorarios de los abogados no es recomendable, aun sin haber mediado observación, ya que se puede caer en un abuso del derecho que puede ser avalado —sin proponérselo— por el juez.

Si hubiera observación a la liquidación, se correrá el traslado correspondiente y deberá resolver la misma el Juez de la Investigación Preparatoria. Es en esta etapa en la cual se debe tomar en cuenta lo expresado en líneas precedentes, sobre todo en lo que se refiere a los criterios para fijar los honorarios del abogado. Hay posibilidad de impugnación solo cuando se hizo observación de las costas, si impugna la parte vencida.

Aprobadas las costas, corresponde su inmediata exigibilidad, en caso de no pagarse este concepto se incrementará con los intereses legales correspondientes, quedando habilitado el beneficiario de las costas para afectar los bienes del vencido, con medidas de ejecución que posibiliten el cobro de la suma debitada (teniendo como base legal el artículo 716 del CPC).

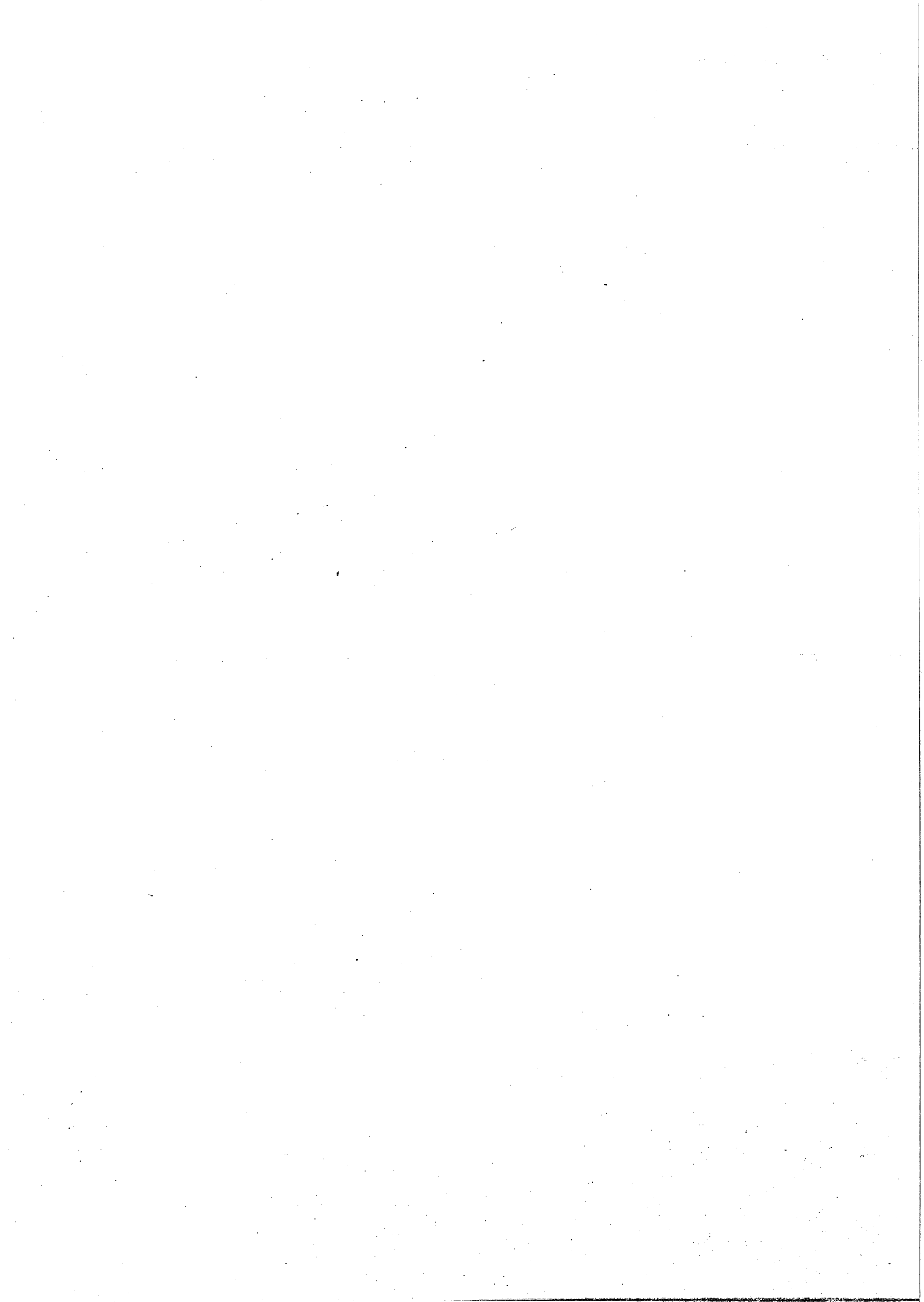
[13] "Si no es objeto de observación el monto de los costos del proceso, su aprobación es inimpugnable. Ello no impide que, en virtud de la pluralidad de instancias, se regule teniendo en cuenta la importancia y cuantía de la pretensión, así como las instancias que ventilan el caso" (Expediente N° 1483-98, Segunda Sala Civil de Lima, 21 de julio de 1998).

4. COLOFÓN

El tratamiento, desarrollo teórico y práctico de instituciones nuevas en los códigos procesales, siempre traen dificultades al inicio, pero en el caso por caso, se van descubriendo fórmulas para manejarlas correctamente, las costas en el nuevo CPP no serán la excepción. Por lo que las líneas aquí expresadas podrían ser tomadas en cuenta al momento de decidir si la parte vencida debe pagar las costas y como se deberían liquidar.

PARTE III

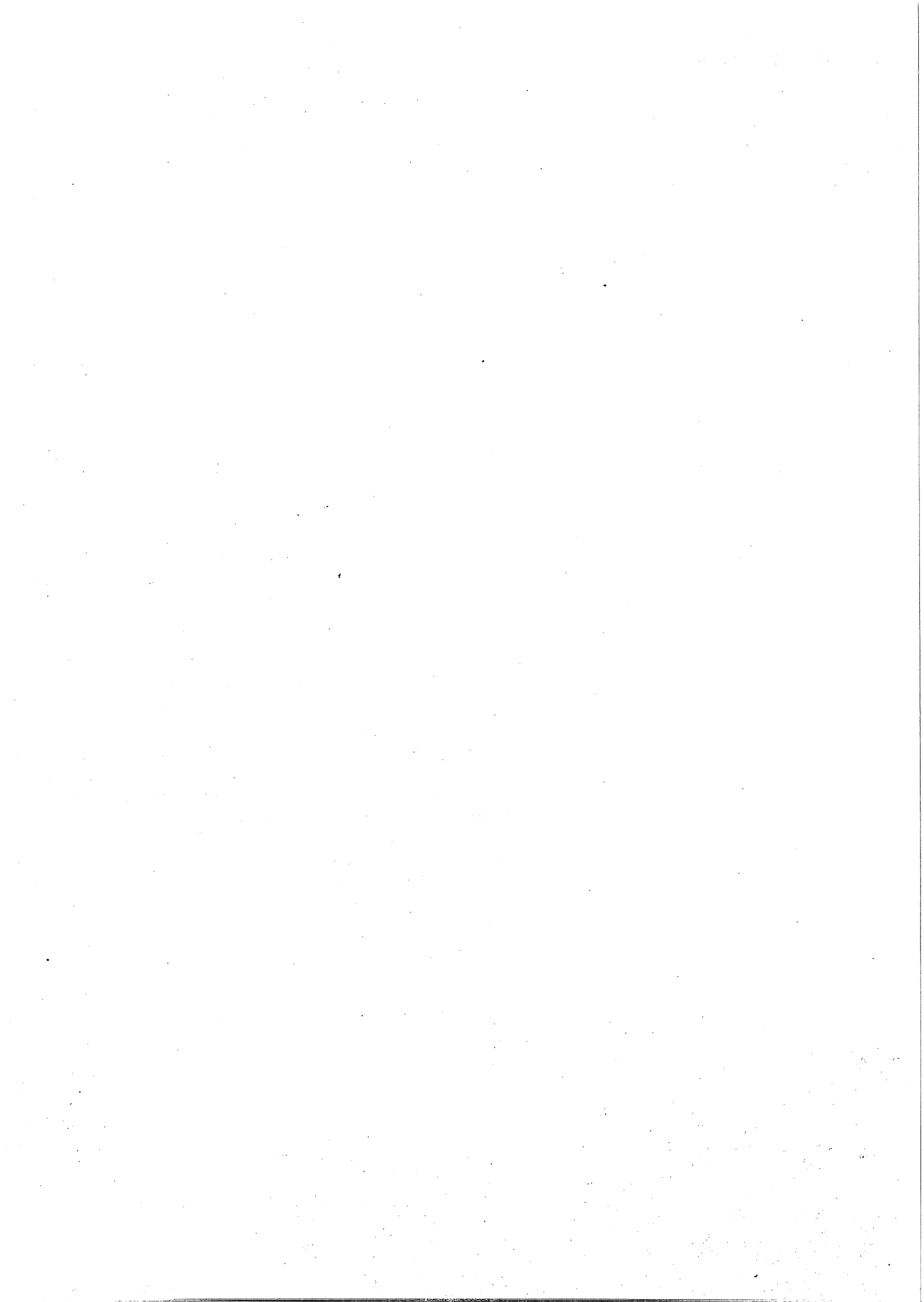
DERECHO PENAL Y
DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



**PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA
PRESCRIPCIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN
DE LA ACCIÓN PENAL**

Eduardo Alcócer Povis^()*

^(*) Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, U. Nacional Mayor de San Marcos, U. Privada Antenor Orrego, Academia de la Magistratura y el Centro de Estudios Constitucionales.



1. APUNTE PREVIO

La prescripción de la acción penal es uno de los temas más controvertidos en el escenario jurídico nacional. Son diversas las posturas que se han planteado a las cuestiones que van desde su ubicación sistemática hasta los problemas de aplicación en casos concretos (contumacia o en los delitos de infracción de deber). A continuación se presentará un resumen del debate y mi posición al respecto.

2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El tiempo es un dato de la realidad que tiene efectos normativos. Por ejemplo, según nuestra legislación, una persona es reincidente solo cuando, dentro de los cinco años contabilizados desde su excarcelación, vuelve a cometer un delito doloso. Al verificarse la situación de reincidencia, el Juez puede agravarle la sanción en una mitad por encima de la pena máxima establecida por el legislador para el delito cometido (artículo 46-B del Código Penal). Esta sanción más grave se fundamenta en la mayor peligrosidad objetiva mostrada por el delincuente al volver a cometer un delito, dentro de un plazo determinado. De ese modo, el tiempo (5 años desde que fue excarcelado) es un criterio que permite a la autoridad afirmar y —con ello— desvalorar la peligrosidad del sujeto y legitima una pena más severa. De otro lado, el tiempo también es un elemento a valorar al momento de determinar la legitimidad o no de un proceso. Así, un proceso llevado a cabo

en un plazo irrazonable resulta ajeno a un Estado Social y Democrático de Derecho.

Ahora bien, el paso del tiempo también cumple un papel configurador de la necesidad de intervención del Estado a través de un proceso y de una pena. La acción penal prescribe, de manera ordinaria, cuando se ha superado el plazo máximo de la pena abstracta del delito materia de cuestión (artículo 80 del CP). Y se toma en cuenta el plazo máximo de la pena abstracta sumado en una mitad, cuando se incurra en una causal de interrupción, como lo es la actuación del Ministerio Público (artículo 83 del CP). Y es que, en líneas generales, el Estado no tiene de modo permanente la potestad de perseguir y sancionar a una persona por un supuesto delito cometido. Existe un plazo que se presenta como una barrera para el *ius puniendi*.

Según nuestro Tribunal Constitucional, la prescripción, “desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma” (Exp. 1805-2005-HC/TC). Es decir, mediante la prescripción “se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo” (Exp. 2522-2005-HC/TC).

En cuanto a los fundamentos de esta institución, tradicionalmente las posturas se han debatido entre las teorías procesales y las teorías materiales. ¿Se trata de un instituto procesal o un instituto material? O, lo que es lo mismo, ¿estamos ante una causa de extinción de la “acción penal” o de la responsabilidad penal (“del delito”)?^[1] En la actualidad esta discusión es abordada desde

^[1] Aunque el legislador peruano dice en el art. 80 CP: “la acción penal prescribe...” perfectamente puede interpretarse “el delito prescribe...”, por lo que ello no puede

una perspectiva funcionalista, la misma que lleva a decir que las diversas instituciones que fundamentan la imposición de la pena comparten fines comunes, en especial, el de la necesidad de pena^[2]. La necesidad de pena dota de unidad a los presupuestos de la pena —“artificialmente” diferenciados en materiales y procesales—^[3].

En esa línea, considero que la prescripción se fundamenta en el decaimiento la *necesidad de pena* por el paso del tiempo. La prevención general y la prevención especial se ven mermadas hasta extinguirse por motivos temporales. El “llamado de la norma” tiene una actualidad determinada a los efectos intimidatorios^[4], mientras que la resocialización del individuo solo puede operar en un tiempo circunscrito.

considerarse una opción sobre la naturaleza procesal de la institución de la prescripción.

[2] Cfr. GILI PASCUAL, Antoni. *La prescripción en Derecho Penal*, Prólogo de Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 63. En sentido similar: GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el Derecho Penal*, Madrid, Dikynson, 2003, p. 112.

[3] Sin perjuicio de lo antes indicado, podría decirse que para la Corte Suprema de Justicia del Perú la prescripción es una institución propia del Derecho Penal sustantivo. Así, en el Acuerdo Plenario 8-2008/CJ-116, F.j.10 se menciona que: “La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal”. Además, en cuanto al fundamento de la prescripción de la acción penal se afirma que este radica en “la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción” [se cita: RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón. *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*. Barcelona, 2004, p. 45]. Asimismo, en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, F.j. 31.B se indica lo siguiente: “Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal”.

[4] Desde posturas que asumen la prevención general positiva, que no se comparten, también se considera como el fundamento de la prescripción a la necesidad de pena: para que la pena pueda cumplir la función de asegurar la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma infringida, es preciso que la pena esté conectada a la infracción de la norma, conexión que queda debilitada con el paso del tiempo. En España asume esta postura GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 80.

En resumen, la posibilidad que tiene el Estado de ejercer la acción penal contra una persona importa para él o ella un permanente riesgo de castigo. La prescripción anula dicha posibilidad de persecución por el mero transcurso de tiempo. Conforme señala la doctrina mayoritaria, la prescripción se funda en la función que cumple el Derecho penal: la de ejercer o no el *ius puniendi* por razones de necesidad.

¿Cómo determinar la *necesidad de pena*? Esta se puede fijar teniendo en cuenta la gravedad del hecho. Así, según la legislación penal para adultos, el plazo de prescripción se duplica cuando se trate de delitos que afecten el patrimonio del Estado y que son cometidos por funcionarios públicos (artículo 80 del CP) o cuando se declara la imprescriptibilidad en los delitos contra la humanidad (Res. Legislativa N° 27998). Otro elemento que nos sirve para determinar la necesidad de pena son las características del agente: por ejemplo, si el agente es mayor de 18 y menor de 21 años o más de 65 años, el plazo de la prescripción se reduce a la mitad (artículo 81 del CP).

3. LA DUPLICIDAD DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO COMETIDO POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

Respecto a lo establecido en el último párrafo del artículo 80 del CP (que es objeto de esta parte del comentario), se tomará posición respecto a dos problemas interpretativos: ¿para determinar la ampliación del plazo de prescripción resulta exigible una relación funcional entre el sujeto activo cualificado (funcionario y servidor público) y el patrimonio del Estado? ¿Y qué debemos de entender por delito cometido contra el "patrimonio del Estado"?

El sentido de una determinada norma penal no solo se obtiene del significado literal o gramatical del precepto, sino también de su finalidad, ello da lugar a la llamada interpretación teleológica^[5].

[5] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 428-429. Considera que "...el texto de la ley constituye sólo un

Este método de interpretación me parece el más adecuado para delimitar los alcances del último párrafo del artículo 80 CP.

¿Cuál es la finalidad de la duplicidad del plazo de prescripción indicado en el artículo 80 del CP? Endurecer el tratamiento penal del ciudadano que ostenta una función pública y que se encuentre vinculado al patrimonio del Estado, situación que lo obliga a cumplir deberes de aseguramiento del objeto material (patrimonio público) que representa al bien jurídico mediatamente protegido (correcto funcionamiento de la administración pública). A contrario, no es relevante que el funcionario o servidor público tenga una relación de hecho con el patrimonio del Estado, situación que si bien es desvalorada por el derecho penal, no incrementa la necesidad estatal de perseguir y de sancionar penalmente el comportamiento.

La mayor gravedad de la conducta del sujeto activo que fundamenta la mayor necesidad de sanción previsto en el último párrafo del artículo 80 del CP (lo que explica la duplicidad del plazo de prescripción) se entiende, pues el agente no solo infringe una norma de prohibición general propia del cargo público ("no abusar de la función"), sino también una norma de mandato ("salvaguardar el patrimonio del Estado"), dada su vinculación estrecha y de derecho con el bien jurídico mediata (correcto funcionamiento de la

vehículo en orden a lo que es el contenido regulativo que ha de ser extraído de las normas: el texto no puede nunca comprender, ni penetrar, plenamente en un pensamiento. De ahí que sea admisible en el Derecho penal trascender más allá del tenor literal, mediante una determinación de sentido extensiva". En la STC N° 2209-2002-AA/TC STC N° 2209-2002-AA/TC el Tribunal Constitucional se pronuncia categóricamente por la insuficiencia del método literal en el ámbito constitucional. Se indica que en materia de derechos fundamentales, el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que rara vez la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Asimismo, en el Acuerdo Plenario 1-2012 se indica que: "Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes" (F.j. 10).

administración pública) y directamente protegido (patrimonio del Estado).

Por tanto, consideramos que el último párrafo del artículo 80 del CP exige un vínculo funcional (de derecho) entre el sujeto activo y el patrimonio del Estado. En el Acuerdo Plenario 1-2010-CJ/116 Fj. 16, se indicó que: “Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado (...)”.

En otras palabras, solo al sujeto doblemente cualificado (funcionario o servidor público que ostenta un vínculo funcional de derecho con el patrimonio del Estado) se le puede duplicar el plazo de prescripción pues la necesidad de pena se ve incrementada cuando se presenta dicha circunstancia.

Por otro lado, respecto al concepto jurídico penal de “patrimonio público”, este es entendido a partir de una noción amplia y funcional, como el dinero o bienes puestos a la disponibilidad jurídica del Estado. Dichos bienes no tienen que ser necesariamente de propiedad pública, pueden ser también de propiedad privada “siempre y cuando estos últimos hayan ingresado, reingresado, circulen o se hallen temporalmente bajo poder de la administración pública en condición de disponibilidad jurídica”^[6]. En el Acuerdo Plenario 1-2010-CJ/116, Fj. 18 se indicó que: “El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio real o efectivo en la entidad estatal”.

La pérdida de la disponibilidad jurídica del Estado de dichos bienes es la consecuencia característica de “los delitos contra el patrimonio del Estado”. Situación que se presenta en tipos como

^[6] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima, Grijley, 2007, p. 473.

el de peculado (artículo 387 CP), en el que se sanciona el acto de apropiación por parte del sujeto cualificado de los caudales o efectos públicos puestos a su vigilancia o administración. Otro ejemplo es el delito de colusión desleal agravado (artículo 384) en el que el desvalor de resultado adquiere su plenitud con la lesión al patrimonio estatal producto del “engaño”.

Sin embargo, existen otros delitos, como el de malversación de fondos (artículo 389 CP), mediante el cual se tutela la regularidad y buena marcha de la administración pública sancionando la incorrecta aplicación de los fondos públicos al que se le da un “destino diferente” al previsto presupuestalmente. No se exige que el autor haya dispuesto para sí o para tercero de dichos bienes (esto es sancionado con el peculado), sino desviarlo a otro destino público u oficial. En otras palabras, no se exige que una afectación al patrimonio del Estado. Por tanto, en este delito, como otros, en los que no se ponga en riesgo o lesione el patrimonio del Estado (concusión, cohecho, negociación incompatible, etc.), no se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 80 del CP en su último párrafo.

4. DECLARACIÓN DE CONTUMACIA Y PRESCRIPCIÓN: ¿DEBE EMITIRSE UNA RESOLUCIÓN EXPRESA QUE DECLARE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN?

En primer lugar, de acuerdo al tenor de la pregunta, se asume que la contumacia (regulada en la Ley N.º 26641) “suspende” el plazo de prescripción, lo cual no emerge claramente de la norma^[7] y es por demás discutido^[8].

^[7] En el artículo 1 de la Ley 26641 se usa indistintamente los términos “interrupción” y “suspensión”: “Interprétase por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la *interrupción* de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumacia y la *suspensión* de la prescripción”.

^[8] Aunque el TC se decanta por considerarla como causa de suspensión, ver: STC 1279-2010-HC/TC.

Sin perjuicio de lo antes indicado, y asumiendo preliminarmente que la contumacia “suspende” el plazo de prescripción de la acción penal, consideramos que de acuerdo a los principios *pro homine* y *pro libertatis*, la interpretación judicial debe procurar siempre una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio (ver STC N° 0015-2005-PI/TC y N° 0075-2004-AA/TC). Vale decir, en este caso, en lugar de optar por no exigir que el Juez declare expresamente en su resolución la suspensión de la prescripción del contumaz, se debe exigir que dicho pronunciamiento se realice. Con ello no solo se cumple el deber que tiene todo Juez de motivar las resoluciones judiciales que emite (más aún las que restringen derechos^[9]), sino

^[9] Respecto al carácter restrictivo de la contumacia, la Corte Suprema de Justicia de la República ha adoptado un comportamiento vacilante respecto de la constitucionalidad de la Ley de Contumacia a lo largo de sus varios pronunciamientos, así lo demuestran las consultas elevadas por parte de las Cortes Superiores de la República, en las que en virtud al artículo 138 de la Constitución Política los jueces han procedido a inaplicar la Ley 26641 por ser incompatible con las normas y principios que diagraman nuestra Carta Constitucional vigente. De esta forma en el Expediente N° 890-2006-La Libertad del 31 de mayo del 2006 la máxima instancia judicial ha defendido el rango constitucional de la prescripción penal, cuando anota entre sus fundamentos: “El artículo 1 de la Ley 26641, interpretó por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, los mismos que operan desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. Sin embargo dicha interpretación pretende desconocer el carácter prescriptorio de la acción penal, que tiene rango constitucional, por lo que la ley anotada resulta incompatible con la Carta Magna y atenta contra el derecho de defensa del procesado”. Igualmente, en el Expediente N° 2383-2005-Arequipa del 25 de enero de 2006 en mérito a otra consulta sobre un proceso por el delito de contumacia, se ha argumentado que dicha figura delictiva contraviene el principio de la observancia del debido proceso, cuando establece que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del previamente establecido por ley; y agrega: “El denominado delito de contumacia desconoce el carácter prescriptorio de la acción penal, el cual tiene rango constitucional, por cuanto dicha circunstancia resulta imputable al Estado, el cual después de mucho tiempo no puede pretender hacer sufrir al encausado una expiación que ya pasó al olvido; y asimismo también colisiona con el principio de lesividad, pues dicha norma no ha precisado de manera clara cuál es el bien jurídico que se lesiona cuando quien es requerido por la autoridad jurisdiccional se sustrae de la acción de la justicia”, postura que ha sido reproducida en las consultas correspondientes a los Expedientes N° 2197-2005 y 2191-2005 del

también se garantiza el mensaje comunicativo de la decisión judicial dirigido al contumaz, quien conocerá los efectos más aflictivos de su actuar “evasivo”.

La resolución judicial que declara la contumacia “tiene una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz”^[10], al que debe ir ligado no solamente, según sea el caso, la adopción de medidas provisionales personales, sino también la declaración expresa de la suspensión del plazo de prescripción. Lamentablemente este tema no fue tratado en los recientes acuerdos plenarios.

5. ¿QUÉ NORMA RIGE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CASO DE FALTAS? ¿EL ARTÍCULO 440.5 DEL CP O LAS REGLAS GENERALES DE LA PARTE GENERAL DEL CP?

La prescripción en caso de faltas está regulada en el artículo 440.5 del CP. Y en él se establece un plazo de prescripción corto (1 año) en orden a la menor reprochabilidad de la conducta del sujeto infractor. Lo contrario sucede con lo dispuesto en el artículo 80 del CP, que establece, entre otras cosas, que “la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad”. En lo demás, dado el carácter orientador de la Parte General del CP, sus disposiciones podrán ser aplicadas a los comportamientos sancionados en los artículos 441 al 452 del CP. Incluso lo dispuesto en el artículo 83 del CP, que regula la prescripción extraordinaria de la acción penal, pues mediante dicha norma se permite a los responsables del procedimiento penal tener más tiempo (aunque limitado) para culminar su trabajo, extendiéndose el efecto perturbador de la infracción penal en una mitad del máximo de sanción fijado por la ley.

24 de enero del 2006 también de la misma ciudad. Ver: COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. En: C:\Documents and Settings\alcocer\Configuración local\Archivos temporales de Internet\Content.Outlook\23YAVMOS\artículo07651.htm.

[10] Acuerdo Plenario 5-2006-CJ/116.F.j. 8.

En la segunda parte del artículo 440.5 del CP se indica que en caso de reincidencia, la acción penal prescribe a los dos años. Este aumento del plazo de prescripción responde a la actual tendencia legislativa de endurecer la respuesta penal al comportamiento realizado por el reincidente, quien al volver a delinquir expresó un desprecio no solo a la norma vulnerada por el hecho realizado, sino también a la anterior condena impuesta, denotando una mayor peligrosidad.

Más allá de la legitimidad de la reincorporación de la reincidencia al ordenamiento jurídico penal nacional, es importante preguntarnos si para ampliar el plazo de prescripción de las faltas al "reincidente" es necesario remitirnos a lo dispuesto en el artículo 46-B del CP, que describe la reincidencia como agravante de la pena. De acuerdo al artículo 46-B del CP, es reincidente quien "después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas (...)" (Ley N° 29407).

Es de verse que esta disposición otorga el carácter de reincidente a quien haya cometido delito y a quien haya cometido una falta. En este último caso no se exige que el agente haya sido privado (parcial o totalmente) de la libertad. Y es que en el caso de faltas, la regla general es que dichas conductas no se sancionen con pena privativa de libertad (solo en casos de reincidencia en las faltas establecidas en los artículos 441 y 444 CP es posible la conversión a dicha pena). Por tanto, lo dispuesto en el artículo 46-B complementa el mensaje normativo del artículo 440.5 CP respecto al concepto de "reincidencia", salvo en la exigencia de que el agente haya "sufrido" la cárcel producto de una condena. Así también se ha indicado en el Acuerdo Plenario 1-2010-CJ/116, F.j. 22: "La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta".

6. **ALCANCES DEL ARTÍCULO 339.1 DEL CPP 2004 QUE DISPONE LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL CUANDO SE EMITE LA DISPOSICIÓN DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

Mediante el artículo 339.1 del CPP 2004 se establece que un efecto de la formalización de la investigación preparatoria es la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Sin embargo pregunto: ¿dicha norma regula un supuesto de interrupción o de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal?

En un inicio, la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2010-CJ-116, consideró en el artículo 339.1 CPP 2004 se regula una “suspensión *sui generis*, diferente a la prescrita en el artículo 84 del Código Penal, que deja sin efecto el tiempo transcurrido entre la formalización de la investigación preparatoria hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin, o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal”. A criterio de este precedente vinculante, dicha “suspensión *sui generis*” no afectaría del derecho al plazo razonable del proceso, pues la prescripción es una autolimitación del Estado, pero no un derecho del imputado en desmedro del interés social en la persecución del delito.

A pesar de lo expresado por la Corte Suprema, la discusión estuvo abierta. En ese contexto se emitió, a propósito del Primer Pleno Extraordinario en materia penal, el Acuerdo Plenario N° 3-2012-CJ-116, en el que se concluye que “el artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83 de Código Penal vigente. El artículo 84 del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339 del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden

operar de modo secuencial, paralelo o alternativo" (F.j. 10). Se señaló además que "la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339 inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo" (F.j. 11).

Sin embargo, considero que con el Acuerdo Plenario N° 3-2012-CJ-116 se está "regulando" un supuesto de interrupción del plazo de instrucción y no de suspensión de la misma, ya que su ampliación depende de la "actividad del Ministerio Público" (al emitir la disposición de formalización de investigación preparatoria), tal como se establece en el artículo 83 CP. Esto viene reforzado con lo expuesto en el propio Acuerdo Plenario N° 3-2012-CJ-116, en el que se indica que a pesar que se trata de un supuesto de "suspensión", es necesario se otorgue un plazo determinado para la prescripción. ¿Cuál es dicho plazo? El equivalente a la suma del plazo ordinario de prescripción más su mitad. Es decir, el mismo plazo que nuestro Código Penal regula para los casos de interrupción del plazo de prescripción (artículo 83 del CP)^[11].

[11] Algunos podrían decir que este nuevo plazo de prescripción de la acción penal se empieza a contabilizar desde que se formaliza la investigación preparatoria y no desde el momento de la supuesta comisión del delito. Considero que esa posición es ajena a un modelo de interpretación estadual de las normas penales *pro homine* y *pro libertatis*, pues se opta por restringir derechos y no por tutelarlos. Por demás, nos podría llevar a dar soluciones rayanas con el abuso; por ejemplo, a una persona se le imputa la comisión del delito de lesiones graves (art. 121 CP, cuya pena máxima —y de prescripción ordinaria— es de 8 años) y se le formaliza la investigación preparatoria (sin haberse iniciado diligencias preliminares) pasado 7 años 11 meses desde el momento de la supuesta comisión del delito. Si se interpreta el Acuerdo Plenario 3-2012 considerando que el plazo de prescripción se empieza a contabilizar desde el momento de la formalización de la investigación preparatoria, el Estado podría investigar a la persona (con ello, estar en un permanente riesgo de sanción penal), ¡12 años más! (el plazo ordinario de prescripción más su mitad). En total, en este caso concreto, el plazo de prescripción sería de 19 años 11 meses (teniendo en cuenta el tiempo en que la persona no fue sujeta a investigación alguna). Por ello, no comparto la posición anteriormente anotada, y postulo se contabilice el plazo de prescripción desde el momento de la supuesta comisión del delito.

En buena cuenta, en el Acuerdo Plenario 3-2012 materialmente se está “regulando” una causa de interrupción, no de suspensión.

Considero que la formalización de la investigación preparatoria debe tener como resultado la interrupción del plazo de prescripción^[12], por lo que sus efectos emerge del artículo 83 CP (se toma en cuenta el plazo ordinario de prescripción más su mitad, contabilizado desde el momento de la supuesta comisión del hecho criminal). Las razones son las siguientes:

- El artículo 339.1 del CPP 2004, al utilizar el término suspensión de la prescripción penal por la mera formalización de la investigación preparatoria, se aleja de lo dispuesto por el artículo 84 CP, que regula los supuestos de suspensión del plazo de prescripción: “si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en *otro procedimiento*, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”. El acto de formalización de la investigación preparatoria se da durante el proceso (no en otro procedimiento^[13]) y no pretende resolver una cuestión determinante para el comienzo o continuación del mismo.
- Lo regulado en el artículo 339.1 del CPP 2004 se adscribe a un supuesto de interrupción del plazo de prescripción (artículo 83 CP), el mismo que se presente ante la actuación (intrapro-

[12] En contra, PARIONA ARANA, Raúl. “La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004: ¿suspensión o interrupción de la prescripción”. EN: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 23, Lima, 2011, pp. 225-229.

[13] Por ejemplo: a) la cuestión previa prevista en el artículo 4 del CPP; b) la cuestión prejudicial prevista en el artículo 5 del CPP; c) antejuicio constitucional previsto en el artículo 99 de la Constitución, y d) el desafuero previsto en el artículo 93 de la Constitución”. Cuando en el artículo 84 CP se menciona a “otro procedimiento”, se hace referencia a una vía administrativa o judicial distinta al propio proceso penal en el cual se está invocando la prescripción.

ceso) del Ministerio Público^[14]. Esta interpretación es seguida por un sector de la doctrina^[15] y de la jurisprudencia peruana^[16].

- ¿Afirmar que lo regulado en el artículo 339.1 CPP 2004 es una causal de interrupción de la prescripción de la acción penal y no de suspensión de la misma afecta el principio de legalidad y de interpretación literal de las normas penales? Está claro que si se utilizara el método literal para la interpretación de las normas penales, el margen de discusión del contenido del mencionado dispositivo legal (artículo 339.1 CPP 2004) sería nulo: se trataría de una causal de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Sin embargo, considero que el real sentido de la norma (más aún si nos encontramos frente a un problema de compatibilidad con la norma penal —artículo 84 CP—) lo obtenemos a partir de una interpretación teleológica y sistemá-

[14] Art. 83 CP: "La prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público...".

[15] Tomás Gálvez Villegas sostiene que: "creemos que el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción, y lo que realmente ha querido es referirse a interrupción y no a suspensión". Y es que "la actuación del Ministerio Público, en este caso, iniciando formalmente la investigación preparatoria (con lo cual da cuenta al Juez de dicha decisión) encaja claramente en el supuesto de interrupción". Afirmar que habría una contradicción entre lo regulado en el artículo 339.1 CPP y en el artículo 83 CP: "estando ante una antinomia jurídica, se tendrá que determinar cuál es la norma aplicable al caso; y estando a que la prescripción es una institución de carácter sustantivo, la norma pertinente para su regulación es el Código Penal". Ver: GÁLVEZ VILLEGAS y otros, *El Código Procesal Penal*, Lima, 2008, p. 673. Peña Cabrera Freyre afirma que: "el legislador se ha equivocado enormemente al haber empleado el término 'suspensión'". PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Nuevo Código Procesal Penal*, Tomo II, Lima, 2007, p. 268. Panta Cueva sostiene que: "no resultaría correcto que el artículo 339.1 CPP del 2004 contemple la formalización de la investigación preparatoria como una causa de suspensión de prescripción extraordinaria, pues además la formalización no es más que la actuación del Ministerio Público que promueve la acción penal (...) lo que según el artículo 83 de nuestro CP, es una causal de interrupción". Ver: PANTA CUEVA, David. *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, Lima, 2010, p. 93.

[16] Ver: Resolución N° 9 (Expediente 4430-2008-19), del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo. Asimismo, el Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior de la Libertad, del 2009.

tica de la misma^[17]. Estos métodos de interpretación nos lleva a decir que lo allí regulado es un supuesto de “interrupción” del plazo de prescripción.

En efecto, como afirmamos antes, el formalizar la disposición de investigación preparatoria no constituye una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal tal como se explica en el artículo 84 del CP (interpretación sistemática), debe ser interpretada como una causa de interrupción pues se fundamenta en la actuación del Ministerio Público, tal como emerge del artículo 83 CP (interpretación teleológica)^[18].

- Por otro lado, a pesar de que los procesos regulados por las normas del CPP 2004 son más cortos, lo cierto es que dicha característica en nada afecta o debería de afectar la normal aplicación de la prescripción. Si bien el CPP 2004 es rígido en cuanto al control de plazos, lo cierto es que estas disposiciones atienden —entre otras razones— a la finalidad, por economía

^[17] Ver nota 5.

^[18] El CPP colombiano, en su artículo 292, establece que: “La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación”. Al respecto, el artículo 86 del Código Penal de dicho país describe lo siguiente “La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación./ Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 (...)”. Por otro lado, en el CPP chileno —citado en el Acuerdo Plenario 3-2012—, se sostiene: “Artículo 233. La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”. Y el artículo 96 del CP chileno indica que la prescripción de la acción penal “se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él [el procesado]”. En esa línea, el código ritual de ese país remite expresamente al Código sustantivo al regular dicho supuesto de suspensión. El legislador peruano no adoptó esta posición. En todo caso, de haberlo hecho se habría remitido al artículo 84 CP peruano que regula el supuesto de suspensión, el cual, como hemos visto, difiere totalmente de lo regulado en el artículo 339.1 CPP 2004. Así lo expresé ante los vocales de la Corte Suprema al momento de sustentar mi posición en la Audiencia celebrada a propósito del Primer Pleno Penal Extraordinario. Por ello, no comparto lo expuesto en el Acuerdo Plenario 3-2012, cuando se afirma que en las ponencias presentadas se observa la “ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339”.

procesal, de acelerar el tiempo de los procesos. A diferencia de la prescripción que constituye un derecho para el ciudadano de no permanecer en permanente riesgo de persecución y de sanción penal (seguridad jurídica) cuando la misma ya no sea *necesaria*, limitando la potestad punitiva del Estado.

- En todo caso, en virtud de los principios que regulan la interpretación estadual (*pro homine* y *pro libertatis*), esta debe procurar siempre una mejor protección de los derechos, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. En esa medida, lo establecido en el artículo 339 del CPP 2004 debe de ser interpretado como una causa de interrupción de la prescripción de la acción penal, conforme al artículo 83 del CP, que incluye entre sus causales a las actividades del Ministerio Público, como se apuntó antes. El fundamento normativo de esta afirmación lo tenemos en el artículo 139.11 de la Constitución Política del Perú: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales"^[19].

La suspensión del plazo de prescripción con el solo inicio de la investigación preparatoria, desde el punto de vista político criminal, deja un mensaje ajeno a un modelo de Estado garantizador de derechos: la actividad persecutoria estatal prima sobre los derechos de las personas. Más allá que el nuevo mo-

[19] Existe jurisprudencia que ha seguido esta línea, apartándose del criterio vinculante establecido por la Corte Suprema, señalando que: "De conformidad con los artículos 16 y 22 de la LOPJ, donde se garantiza la independencia de los Magistrados en su actuación jurisdiccional y se faculta excepcionalmente al Juez a apartarse motivadamente de un criterio vinculante jurisprudencial; en el presente caso, nos apartamos del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 en el desarrollo del tercer tema, en el entendido que el artículo 339°.1 del CPP, se debe entender como interrupción y no suspensión. Ello debido a que, en tanto existen normas contradictorias que regulan la suspensión y la interrupción de la prescripción, en caso de duda insalvable sobre la ley aplicable, debe estarse a lo dispuesto por la ley más favorable, de conformidad con lo establecido en los artículos 11 de la Constitución y el VII.4 del Título Preliminar del CPP". Expediente N° 00592-2008-49-1302-JR-PE-01/Sala Penal de Apelaciones de Huaura. El mismo criterio fue seguido por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, en el Expediente N° 4430-2008-19.

delo procesal penal promueva la celeridad de los procesos, el instituto de la prescripción se fundamenta en el derecho que toda persona tiene a no ser perseguido o sancionado cuando por el transcurso del tiempo se advierte la falta de necesidad de pena.

7. LA PRESCRIPCIÓN Y LA COMUNICABILIDAD DE LA SITUACIÓN ESPECIAL A LOS *EXTRANEUS*

En el Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116 se tomó posición respecto a si la dúplica del plazo de prescripción de la acción penal estipulado en el artículo 80 CP en su último párrafo (por razón de la comisión del delito por funcionario o servidor público en contra del patrimonio del Estado) se extiende a los partícipes *extraneus* (no cualificados).

En el Acuerdo se menciona que la dúplica del plazo de prescripción previsto en el artículo 80 CP no es extensible a los *extraneus* ya que no ostentan ningún deber especial. Así, los *extraneus* “no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. En ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*”.

También se explica a partir de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad: “Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente”. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88 CP que estatuye lo siguiente: “La pres-

cripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible" (F.j. 17).

Los plazos de prescripción, en el caso de los *extraneus*, lo extraemos de la pena conminada a los autores en los tipos de la parte especial: en suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor –dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP–, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que solo corresponde al autor" (F.j.18).

En buena cuenta, tal cualidad (funcionarios públicos) no puede comunicarse al resto de los partícipes. Interpretar lo contrario atentaría contra el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad, pues se haría responder más gravemente a una persona por una condición que no ostenta

Por otro lado, resulta interesante la postura que se asume en el Acuerdo respecto a la conceptualización de los llamados *delitos de infracción de deber*. Así, se indica lo siguiente: "El autor del delito –de infracción de deber– no puede ser cualquier persona, sino solo aquél funcionario o servidor público que ocupa un *status* especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra" (F.j. 9).

Esta posición se adscribe a la diferenciación dogmática entre delito de dominio y de infracción de deber: "El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del

autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros –denominados delitos de dominio–. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos– (Fj. 9).

Al respecto, se sigue a Roxin, quien define, en base a criterios materiales de imputación, a los delitos de dominio y a los delitos de infracción de deber. A los primeros la responsabilidad penal se les atribuye en función del dominio normativo del riesgo de poder afectar a terceros mediante la administración defectuosa del propio ámbito de organización y de ámbitos ajenos cuya gestión ha sido asumida; a los segundos la responsabilidad penal se les atribuye por el incumplimiento de deberes positivos que dimanen de las instituciones nucleares de la sociedad^[20].

En el Acuerdo se deja de lado la posición jakobsiana, la misma que redefine los fundamentos de delimitación de la autoría propuesto por Roxin, concibiéndose los delitos de dominio como infracción de competencias en virtud de organización y a los delitos de infracción de deber como quebrantamiento de competencias institucionales^[21]. Aquí el deber se dirige al obligado especial, no para que simplemente “no dañe”, sino para que “fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión”.

Además, se deja en claro que para la comisión de los delitos funcionariales no solo es necesario comprobar la cualidad del autor,

[20] Ver: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid, 1998.

[21] JAKOBS, Günther, Citado por CARO JOHN, José Manuel. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”. EN: *Anuario de Derecho Penal* (Aspectos fundamentales de la parte general del código penal peruano) 2003, Lima, p. 60: “Una institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye”.

sino las otras exigencias típicas, como la "vinculación funcional" con el objeto. Por ejemplo, se describe el caso del delito de peculado (art. 387 CP): "Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio —claro está— de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto" (F.j. 10).

Por otro lado, se resalta la tesis de la unidad del título de imputación, para fundamentar la responsabilidad del partícipe *extraneus*: "Este tipo de delitos restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible".

En efecto, para la tesis de la unidad del título de imputación, el *extraneus* puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser autor del delito especial, nada impide que pueda ser cómplice o instigador de ese mismo delito; ya que también a él se dirige la norma subyacente al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no es solamente en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos (teoría de la unidad del título de imputación)^[22].

[22] Ver: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en el Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 292 y ss.

A nivel nacional, entre quienes defienden la tesis de la unidad del título de imputación podemos mencionar a Abanto^[23], quien afirma que la “base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir siendo la de la ‘unidad del título de imputación’. Autor del tipo solamente podrá ser el *intraneus* (funcionario público con el deber funcional específico) (...) Los *extranei* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho”. Asimismo, agrega Reaño^[24] que, según el principio de unidad de título de la imputación o unidad de calificación jurídica, los partícipes responden por el mismo delito imputado a un autor. Además, sostiene que si bien el artículo 26 del Código Penal establece que “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores o partícipes no modifican la de otros autores o partícipes del hecho punible”, sin embargo, dice Reaño, que la comunicabilidad de las circunstancias de participación —prevista en él— se circunscribe exclusivamente a aquellas cualidades que afectan la culpabilidad y punibilidad de los intervinientes en el evento delictivo y no a aquellas que afectan el injusto. “Ello se deduce de la literalidad del propio precepto legal y de su racionalidad, pues al señalarse que las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes (...)”.

En el Acuerdo se deja de lado la teoría de la ruptura del título de imputación, que propone que los tipos penales de los delitos especiales solamente se refieren al *intraneus*, por lo tanto los *extraneus* solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren; apoyándose en la idea de que lo regulado en el artículo 26 del Código Penal peruano exige que

[23] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, p.57.

[24] Ver: REAÑO RESCHIERA, José Leandro. “Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del ‘caso Montesinos’. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?”. EN: *Ius et veritas*, Lima, 2002, p. 290.

la cualidad de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes *extraneus*.

En cuanto a la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber, hoy en día, a decir de Sánchez Vera-Gómez Trelles^[25], resulta prácticamente indiscutido que tal cuestión ha de ser respondida afirmativamente. Así, siempre bajo el influjo del principio de accesoriedad, el *extraneus* participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena, esto en tanto “el partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal”^[26]. Con esto, el Derecho penal protege el bien jurídico de todas aquellas conductas que le son riesgosas, no restringiendo su actuar frente a los riesgos prohibidos que dimanen de los sujetos especiales, sino que se extiende a los peligros no permitidos que provienen de los sujetos *extraneus*^[27].

Desde mi punto de vista, puede llegarse a la misma conclusión evaluando la norma (o el mensaje estatal) que se extrae de los tipos penales. Existe así un tipo de autor, que se funda en la vulneración de la norma descrita en la parte especial del Código Penal (“no mates”, “no contamines”, “no defraudes al fisco”, entre otros). Y un tipo de partícipe, cuyo reproche se sustenta en la vulneración de las normas ubicadas en la parte general del Código Penal (en el artículo 24, “no instigues a otro a cometer un delito...”; y en el artículo 25, “no auxilies a otro a que cometa un delito”). De este modo, si el imputado es un supuesto “cómplice”, no sería lógico evaluar su responsabilidad sobre la base del tipo de la parte especial, sino con el de la parte general (art. 25 CP). Así, en el caso del delito de peculado (art. 387 CP), el reproche

[25] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, 2002, p. 215.

[26] *Ibidem*

[27] Ver: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “La participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber”. En: *XVI Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología*, Lima, 2004, pp. 427 y ss.

al “cómplice” no se funda en el hecho que haya “apropiado” el bien público, sino por haber ayudado a otro a hacerlo.

8. EXCURSO: LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

La imprescriptibilidad de la acción penal para algunos delitos graves no es un tema reciente^[28]. Desde mi punto de vista, las propuestas de ampliar la posibilidad de que el Estado pueda perseguir sin límite de tiempo se fundamentan en la tantas veces criticada teoría retributiva del fin de la pena, basada en la idea de “la restauración del orden jurídico alterado a través de la imposición de un castigo de gravedad similar”^[29], el cual es un mecanismo compensatorio irracional: ¿no se tratará más bien de encubrir o racionalizar con esta fórmula los instintos humanos de venganza, dotándole de un ropaje atractivo y pseudo legitimador?

En buena cuenta, la imprescriptibilidad como opción político criminal^[30] resulta discutida hoy en día^[31], pues se dice que se

[28] El tema de la imprescriptibilidad de la persecución penal no es nuevo para nuestros legisladores. Como antecedentes más importantes tenemos el Proyecto de Vidaurre, Ley 31, el Anteproyecto de Código Penal de 1927, en su artículo 70, ambos tratan la imprescriptibilidad (“La pena de presidio e inhabilitación perpetua, no prescriben en ningún tiempo”), en el mismo sentido el Proyecto de Código penal de 1984, en su art. 93 in fine, para el delito de terrorismo.

[29] PASTOR, Daniel R. *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28. Considera que toda teoría retributiva cuestiona el derecho de prescripción, por lo que una de las consecuencias de adoptar esta teoría es asumir la llamada imprescriptibilidad, pues, bajo esta postura, el paso del tiempo (fundamento material de la prescripción) no reestablece el derecho, pues sólo la pena estatal lo hace.

[30] La política criminal busca y pone en práctica los medios y formas más adecuadas para hacer más eficaz el logro de los fines del Derecho penal, indicando las metas a las que este debe aspirar, y los límites que no puede aplicar en su formulación y aplicación.

[31] Sin embargo, existen muchos países que incluyen en su ordenamiento a la llamada “imprescriptibilidad”. Así tenemos a Austria (Art. 51: “las acciones punibles sancionados con pena privativa de libertad de diez a veinte años o perpetua, no prescriben”; Puerto Rico (Art. 78: La acción penal prescribirá: a los cinco años en los delitos graves, salvo los delitos de asesinato, malversación de fondos públicos, secuestro, robo de niños y falsificación de documentos públicos, no prescriben...”. Cuba dispone la imprescriptibilidad de la acción penal para los delitos que

aleja del fin mismo del Derecho penal, cual es el de prevenir la comisión de delitos, imponiéndose al delincuente una pena, siempre que sea necesaria. Si bien es cierto la víctima posee, desde luego, deseos naturales de venganza, el Estado comprende que el orden social no depende de la imposición de una pena a ciertos comportamientos, sino que presuponen la misma como una necesidad.

Como se apuntó antes, la necesidad de pena no es un pensamiento en abstracto, sino concreto, no se puede generalizar respecto de todo hecho delictivo; es necesario considerar la naturaleza y las circunstancias de todo cada tipo de delito. En ese sentido, hay delitos que por su propia naturaleza no pueden quedar abarcados por la necesidad de pena, pues ello significaría desvirtuar el sentido y la función del Derecho penal. Tal es el caso de los delitos de genocidio, tortura o de desaparición forzada, en estos casos la pena aparece siempre como necesaria, ya que su necesidad no es función del individuo, sino de la humanidad. La gravedad de estas conductas confirman la necesidad de pena y, por ende, la imprescriptibilidad en su persecución penal^[32].

Sin embargo, ¿lo mismo podemos afirmar de otros delitos en los casos en que se tutela —por ejemplo— el patrimonio del Estado? Consideramos que no, quienes proponen este tipo de medidas flexibilizadoras buscan legitimar la demora e ineficacia de aparato estatal de justicia aun cuando se afecte los derechos y garantías del justiciable marcado por claros criterios retribucionistas abandonados, como vimos antes, en la dogmática penal actual.

tienen pena de muerte y los delitos de lesa humanidad (art. 64, inc.5), entre otros.
^[32] En el Perú hemos caído en un eclecticismo teórico, pues establecemos la prescripción para la gran mayoría de injustos penales y penas, y excepcionalmente la imprescriptibilidad para injustos considerados de mayor gravedad. Así, mediante el D.S. N° 079-2001-RE se ratifica el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (Estatuto vigente desde el 01/07/2002, según el Of. N° 0-3-A/199-2002-RE (GAB), publicado el 10/09/2002) en dicho Estatuto se proclama que los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán. Asimismo, cabe mencionar la Res. Legislativa N° 27998 (publicada el 12/06/2003) en el que se aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Consideramos que las penas con plazos elevados de por sí justifican la persecución penal, no habría necesidad de ampliar los supuestos de imprescriptibilidad en un Estado que respeta los principios democráticos.

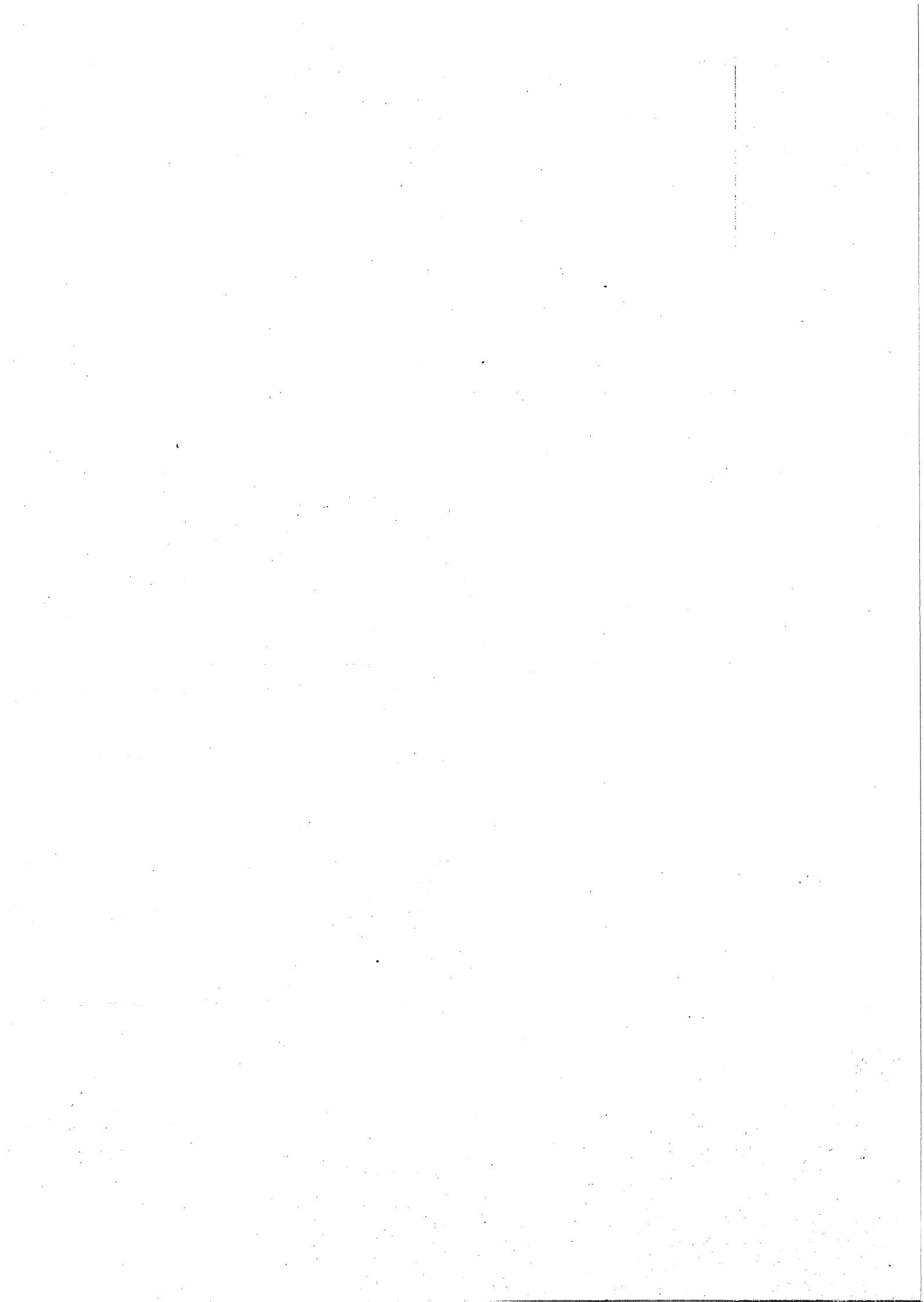
9. APUNTE FINAL

El debate sobre los temas planteados y otros relacionados con la "prescripción de la acción penal" no está cerrado. Será trabajo del legislador realizar los cambios normativos necesarios para dar coherencia a nuestro ordenamiento jurídico, así también será labor de los órganos jurisdiccionales y de todo operador del derecho el brindar interpretaciones válidas a la "prescripción" como institución jurídica, de tal forma que se garantice no solo la eficacia del sistema, sino también el derecho que toda persona tiene a no estar en un permanente riesgo de persecución y de sanción penal, cuando por el paso del tiempo ello ya no es necesario.

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PARTÍCIPE
EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES
COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Percy García Caveró^()*

^(*) Doctor en Derecho por la Universidad de NAVARRA-España. Profesor Ordinario Principal de Derecho Penal en la Universidad de Piura y de la PUCP del Perú.



1. EL PROBLEMA

La determinación de la pena a imponer a aquellas personas que, sin tener la calidad exigida por el tipo penal, han participado en la realización de un delito especial cometido por un funcionario público, constituye un tema debatido en la doctrina nacional^[1]. Simplificando la discusión, podría decirse que en disputa se encuentran fundamentalmente dos teorías: la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación^[2]. Mientras la primera considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, la segunda sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe. La persona que contribuye a la realización de un delito especial solo podrá ser castigada penalmente si su comportamiento se subsume en un delito común y, de ser así, la pena a imponer tendrá que determinarse a partir del marco penal previsto en dicho delito común.

-
- [1] Así, REAÑO PESCHIERA, José. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2004, p. 39 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, 2ª ed., Lima, 2003, p. 57; ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima, 2007, p. 194 y ss.; PARIONA ARANA, Raúl. "Participación en delitos especiales". EN: Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera. I, Lima, 2006, p. 747 y ss.
- [2] Vid., con mayores detalles sobre estas teorías, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal*, Parte General, Lima, 2006, § 73, n.m. 1132 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 48 y ss.

Los tribunales nacionales han optado, de manera más o menos uniforme, por la teoría de la unidad del título de imputación, al castigar a los partícipes *extranei* con la pena prevista en el delito especial de funcionario público^[3]. La inclinación por esta solución se sustenta fundamentalmente en el hecho de que si se asume la teoría de la ruptura del título de imputación, se producirá un vacío de punibilidad cuando la conducta del partícipe no pueda subsumirse en un delito común subyacente^[4]. La doctrina penal dominante privilegia igualmente este aspecto político-criminal, por lo que sigue, en líneas generales, la tesis de la unidad del título de imputación^[5]. Se tiene claro que si bien a esta teoría se le podría cuestionar la inconsistencia dogmática de convertir en comunes los delitos especiales, cuando menos no dejaría sin pena las conductas de participación en delitos especiales, a diferencia de la teoría de la ruptura del título de imputación.

Pese al grado de consenso alcanzado en la jurisprudencia y doctrina nacionales, el razonamiento precedente olvida que la función del Derecho penal no se limita a prevenir delitos mediante la imposición de sanciones penales, sino que requiere también sustentar coherentemente la imputación de responsabilidad penal^[6]. En este sentido, tan cuestionable es dejar vacíos de punibilidad, como apoyar la imputación penal en un fundamento jurídico-penal endeble. Por esta razón, en esta contribución por el primer año de entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en el distrito judicial de Lima para delitos cometidos por funcionarios públicos, me voy a ocupar de someter a un análisis crítico la asunción de la teoría de la unidad del título de imputación por parte del sistema anticorrupción para el castigo de

^[3] Vid., Ejecutoria Suprema R.N. N° 3203-2000 del 14 de enero de 2003; Ejecutoria Suprema R.N. N° 1813-2003 del 14 de noviembre del 2003. En el sistema anticorrupción cabe mencionar la sentencia del Exp. N° 010-2001 y sentencia del Exp. N° 019-2002 (vid., BARANDIARÁN/NOLASCO, *Jurisprudencia penal generada por el subsistema anticorrupción*, T. II, Lima, 2006, pp. 691 y ss., 781 y ss.).

^[4] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 50.

^[5] Vid., así, por ejemplo, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 505; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 57; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 198 y s.

^[6] Vid., así, el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 179 y ss. (espec. 241 y ss.).

— La responsabilidad penal del partícipe *extraneus* en los delitos especiales... —

los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos. De lo que se trata es de exponer una perspectiva distinta que, por llevar a una pena menor, no debe tildarse necesariamente de incorrecta, sino que debe ser evaluada en atención a su coherencia con los criterios actuales de imputación penal.

2. EL PUNTO DE PARTIDA DOGMÁTICO DE LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

La solución al problema de la determinación de la pena para los partícipes *extranei* en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos no va, en mi opinión, por un camino alternativo de: o la teoría de la unidad del título de imputación, o la teoría de la ruptura del título de imputación. En lo que alcanzo, la asunción de una u otra teoría depende del criterio de imputación utilizado para atribuir responsabilidad penal por el delito especial correspondiente. En este orden de ideas, resulta de suma importancia distinguir los criterios de imputación que permiten diferenciar materialmente los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber.

2.1. LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS DE DOMINIO Y DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER

La imputación penal puede sustentarse en una competencia por el dominio del riesgo prohibido (delito de dominio) o en una competencia institucional (delitos de infracción de un deber)^[7]. Se trata de dos criterios de imputación distintos que responden a dos formas distintas de estructuración de los contactos sociales. Los delitos de dominio se configuran a partir del hecho de la separación de las esferas de organización en la sociedad actual y tienen como fundamento la vulneración del deber negativo de no lesionar a otro desde la configuración de la propia esfera de organización^[8]. Los delitos de infracción de un deber

[7] Vid., fundamental, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, PG., Madrid, 1997, Apdo 7, n.m. 71. En contra de esta dicotomía de las estructuras de imputación, SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979, p. 92; GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro*, I, Zaragoza, 1986, p. 112 y ss.

[8] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 7 y s., Apdo 29, n.m. 29 y ss.; EL MIS-

surgen en el marco de la vinculación de esferas por una institución social específica y encuentran su sustento en la vulneración de un deber especial que surge precisamente de esa vinculación institucional^[9].

Un delito especial puede presentarse como un delito de dominio o como un delito de infracción de un deber^[10]. Esto quiere decir que, a diferencia de la posición inicial de ROXIN sobre los delitos de infracción de un deber^[11], no todo delito especial es un delito de infracción de un deber, sino que hay delitos especiales que se sustentan en el dominio del riesgo prohibido y otros en la infracción de un deber. En este sentido, la imputación de un delito especial a un sujeto cualificado requiere determinar si se hace por el dominio del riesgo prohibido que afecta a otro o, más bien, por la infracción de un deber de naturaleza institucional.

El delito especial se imputa como un delito de dominio si es que el fundamento de la imputación sigue siendo, como en los delitos comunes, el dominio de un riesgo prohibido. En este orden de ideas, la única particularidad del delito especial es que el riesgo prohibido se incardina en una estructura social especial, de manera tal que el dominio no lo tiene, en principio, cualquiera, sino determinadas personas con acceso a la estructura social especial^[12]. Por ejemplo, el delito de fraude concursal doloso en su modalidad de ocultación de patrimonio (artículo 209 inciso 1 del CP) es un delito especial, en la medida que exige la calidad especial de deudor sometido a un procedimiento concursal para poder cometerlo. Pero el fundamento de la imputación penal de este delito especial sigue siendo el dominio del

mo, "La competencia por organización en el delito omisivo" (trad. Peñaranda), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 350.

[9] Vid., JAKOBS. *Derecho Penal*. PG, Apdo 1, n.º. 7 y s.; SÁNCHEZ-VERA, Javier. *Delito de infracción de un deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, pp. 31 y s., 76 y ss.

[10] Vid., anteriormente, GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 164 y ss.

[11] Así, ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ª ed., (trad. Cuello/Serrano), Madrid, 1998, p. 383 y ss.

[12] Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, Percy. *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Lima, 2003, p. 66 y ss.

riesgo de lesión de los intereses patrimoniales de otros (los acreedores), por lo que se castiga al deudor por haber organizado su patrimonio de una manera tal que defrauda los intereses patrimoniales de sus acreedores^[13].

El delito especial es, por el contrario, un delito de infracción de un deber si el fundamento de la imputación no está en el dominio del riesgo, sino en la infracción de un deber institucional. Por ejemplo, si el padre deja morir ahogado a su hijo de apenas seis años de edad en la piscina, la imputación penal no se hará por el dominio del riesgo prohibido, sino por la infracción de un deber especial de auxilio que surge de la relación paterno-filial constituida por la institución social de la familia. Al obligado institucional se le hace penalmente responsable por haber dejado de cumplir con el deber específico impuesto por la institución social correspondiente que, en este caso, consiste en el cuidado de la persona y patrimonio de los hijos que se encuentran bajo la patria potestad.

En determinados casos puede concurrir una competencia por organización con una competencia institucional en la determinación de la relevancia penal del comportamiento del autor. Por ejemplo, si el padre estrangula a su hijo menor de edad hasta producirle la muerte. En este caso, la competencia jurídico-penal por la muerte del menor se puede fundamentar tanto en el hecho de que el padre se organizó de una manera tal que creó un riesgo prohibido de muerte para el hijo, como que el padre no cumplió con el deber institucional específico de preservar la vida del hijo que está bajo su cuidado. La pregunta que evidentemente surge ante una situación como esta es cuál competencia resulta preferente para determinar la responsabilidad penal. La respuesta, a mi entender, no puede darse en términos absolutos.

La responsabilidad penal se determinará con base en la infracción de la competencia institucional si el deber positivo especial engloba el deber negativo de no hacer daño. Esta situación se presenta en el caso de instituciones sociales elementales que establecen vinculaciones

^[13] En este sentido, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*, Parte especial, II, Lima, 2007, p. 321 y ss.

especialmente intensas^[14]. Por ejemplo, el carácter elemental de la institución familiar da lugar a una vinculación institucional especialmente intensa entre los miembros de la familia (esposos, padres-hijos), lo que hace que la competencia institucional abarque también a la competencia por organización. En este sentido, el padre que provoca directamente la muerte del hijo menor de edad, responderá penalmente por la infracción del deber especial positivo de preservar la vida del menor, dentro del cual se encuentra también la competencia organizativa por la realización de la conducta. Por el contrario, si es el deber negativo general el que engloba al deber positivo institucional, entonces será la competencia por organización la que informe a la imputación penal. Esto sucede en el caso de institucionales sociales débiles como la solidaridad. Así, por ejemplo, queda claro que la conducta organizativa de acabar con la vida de la víctima implica necesariamente no auxiliarla en la situación de peligro creada, por lo que en este caso la responsabilidad penal se determinará con base en la competencia organizativa y no por la omisión del deber de socorrerla.

A la opinión sostenida de que una competencia puede llevar consigo a la otra en la determinación de la responsabilidad penal, se le ha hecho algunos cuestionamientos. Posiblemente el más incisivo sea aquel que señala que esta formulación podría llevar, en el caso de colisión de deberes, a que el Derecho ordene la realización de una conducta injusta o construya el injusto en una conducta que preserva un bien jurídico. Por ejemplo, si el instructor de natación se percató que uno de sus alumnos y su esposa se están ahogando en el mismo momento, la preferencia de la competencia institucional llevaría a aceptar que el Derecho tendría un mensaje prescriptivo que reza: "debes dejar morir a tu alumno de natación". Del mismo modo, si la madre del nadador inexperto induce al esposo a salvar a la esposa, terminaría respondiendo penalmente por la muerte de su hijo, a pesar que su conducta procuró la salvación de un bien jurídico.

La respuesta al planteamiento crítico acabado de esbozar debe partir de la idea de que el comportamiento de una persona puede

[14] PAWLK, Michael. "El funcionario policial como garante de impedir delitos". En: *InDret* 1/2008, p. 16, alude a formas de autovinculación más básicas.

producir diversas consecuencias, unas positivas y otras negativas. Si el Derecho ordena realizar una conducta por sus consecuencias positivas, no podrá alegarse que el Derecho está ordenando la realización de la conducta también por sus efectos negativos. Sostener lo contrario llevaría a aceptar que la norma secundaria que le ordena al juez imponer al autor de un delito una pena privativa de libertad, le ordenaría también a que deje sin alimentos a la familia a la que el delincuente daba sustento. Del mismo modo, si el Derecho ordena salvar a una persona y el obligado se pone en ese momento a hacer una donación multimillonaria a los niños pobres, esta acción loable no convierte en positivo el incumplimiento del deber de auxilio. En consecuencia, asumir que las competencias que se sustentan en instituciones sociales elementales sean preferentes a la competencia general por organización no lleva a prescripciones paradójicas, sino que requiere una correcta comprensión del criterio de valoración de las conductas.

2.1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEUS

Teniendo claro conceptualmente los distintos criterios de imputación penal, puede ofrecerse una propuesta de solución plausible al problema de la responsabilidad penal del *extraneus* en los delitos especiales. En el caso de los delitos especiales de dominio, hay que tener en cuenta que la imputación penal se sustenta en la infracción, de las competencias por organización atribuidas, como deber general negativo, a todos los ciudadanos. En este sentido, el injusto puede ser configurado por cualquier ciudadano. La pena para los partícipes, por lo tanto, deberá determinarse a partir del delito especial, en la medida que si bien el tipo penal ha delimitado el círculo de destinatarios, se sustenta materialmente en competencias por organización que son comunes a todos los ciudadanos. Tanto el autor como el partícipe infringen el deber general negativo de ciudadano, aunque con una menor intensidad en el caso del partícipe. Por seguir con el ejemplo anteriormente utilizado: La pena para el que ayuda al deudor sometido a un procedimiento concursal a cometer un fraude concursal, debe determinarse con base en el marco penal del artículo 209 del CP, pues tanto el autor como el cómplice han infringido el deber negativo de no dañar a otros en el ámbito específico de un procedimiento concursal.

La regla anterior tiene una excepción, sin embargo, cuando la calidad especial exigida para poder ser autor del delito especial de dominio es de carácter estrictamente personal. En este caso, se producirá una ruptura del título de imputación, en la medida que las calidades personales no pueden comunicarse a los otros intervinientes en el delito. La mancomunidad alcanza solamente a aquellos aspectos del hecho en los que es posible una configuración conjunta. En este sentido, si un hijo independizado mata a su padre (sin la existencia de una vinculación institucional efectiva), cometerá el delito de parricidio como autor, mientras que el que lo ayuda a hacerlo responderá como cómplice con la pena del homicidio, pues la calidad especial requerida por el delito de parricidio es de carácter personal y, por lo tanto, no puede comunicarse al partícipe.

En el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas a lo que es la regla en los delitos de dominio, es decir, no sigue, en principio, la teoría de la unidad del título de imputación. La razón del cambio de criterio radica en que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede atribuirse a los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber^[15]. En consecuencia, el partícipe no podrá ser sancionado con el marco penal establecido para el delito de infracción de un deber.

[15] Así, LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Bogotá, 1995, p. 70: "(...) una intervención del extraneus en un delito de infracción de deber no es posible". En la doctrina nacional igualmente, VILCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. "La participación en los delitos de infracción de deber: ¿Impunidad del extraneus". EN: Revista Jurídica del Perú, T. 111, mayo 2010, p. 246. De otro parecer, SÁNCHEZ VERA. *Delito de infracción de deber*, cit., p. 221 y s.; BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid, 2007, p. 168. En la doctrina nacional, aceptan el castigo de los *extranei* como partícipes de un delito de infracción de un deber, REAÑO PESCHIERA, *Forma de intervención*, cit., p. 40 y s.; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, "La participación de los extraneus en los delitos de infracción de un deber". EN: XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Lima, 2004, p. 446.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Con base en las ideas expuestas en el apartado precedente, puede esbozarse las líneas generales de una propuesta de solución coherente a la cuestión de la responsabilidad penal del *extraneus* por su contribución a la realización de un delito especial cometido por un funcionario público contra la Administración Pública. Para establecer cómo se determina la responsabilidad penal del particular que contribuye dolosamente a la realización de un delito especial de un funcionario público, debe tenerse presente que los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos son delitos especiales que se sustentan en deberes positivos específicos atribuidos a los titulares de la función pública que actúan en representación del Estado^[16]. En este sentido, se trata de delitos especiales que están configurados como delitos de infracción de un deber.

Siguiendo la clasificación de JAKOBS, puede diferenciarse dentro de los deberes estatales los que se derivan de las relaciones estatales de poder y los que se corresponden con los fines estatales^[17]. En los primeros se establecen competencias institucionales cuando el ejercicio del poder, sobre el cual el Estado tiene el monopolio, empeora las

[16] Vid., en este sentido, JAKOBS, *La imputación penal*, cit., p. 50. La existencia de deberes positivos estatales a cargo de los funcionarios públicos cuenta con un reconocimiento explícito del Tribunal Constitucional en el ámbito concreto de la gestión y administración de los centros penitenciarios. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado textualmente que "(...) el principio-derecho de dignidad de la persona humana impide que los internos puedan ser tratados como cosas o instrumentos. Por ello, y dado que la privación de la libertad ubica a los internos en una situación de indefensión, dada la imposibilidad de satisfacer sus necesidades personales por sus propios medios, la defensa de la persona humana y la legitimidad del régimen penitenciario le imponen al Estado el cumplimiento de determinados deberes jurídicos positivos". A lo anterior el Tribunal Constitucional agrega que "(e)n el régimen penitenciario el Estado no sólo asume el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo condiciones de reclusión" (STC 01575-2007-HC del 20 de marzo de 2009, fundamentos jurídicos 7 a 9).

[17] JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 74 y ss.

condiciones de existencia de bienes. Un ejemplo de responsabilidad penal por la infracción de deberes estatales de este primer grupo es el delito de abuso de autoridad^[18]. En el segundo grupo de deberes del Estado se encuentran los deberes para cuyo cumplimiento existe el Estado: Asistencia elemental, seguridad interior y exterior, el respecto de los principios del Estado de Derecho (especialmente la sujeción de la Administración a la ley), la protección del medio ambiente, etc.^[19]. Un ejemplo de delito de infracción de un deber sustentado en uno perteneciente a este segundo grupo de deberes es el delito de prevaricato.

De lo anterior se puede concluir que el funcionario público que comete un delito especial contra la Administración Pública responderá como autor por la infracción del deber positivo que le corresponde como representante del Estado. Su competencia penal se determina por la infracción del deber institucional derivado de su estatus de funcionario público. Esta imputación penal con base en competencias institucionales se mantiene aun cuando la infracción del deber positivo del funcionario público se exprese, en el caso concreto con actos de organización. Así, por ejemplo si la infracción del deber positivo de custodiar los bienes administrados que sustenta el delito de peculado se comete a través de un acto organizativo de apropiación. La determinación de la responsabilidad penal del funcionario público por el delito de peculado deberá ser interpretado siempre como un delito de infracción de un deber, aun cuando la lesión del patrimonio del Estado se haya producido a través de un acto organizativo de apropiación del funcionario público.

Pese a que el acto organizativo resulta desplazado por el incumplimiento del deber institucional en el caso de los funcionarios públicos, no sucede lo mismo si un particular interviene en el acto organizativo

[18] Vid., de manera más detallada, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 74 y s.

[19] Vid., JAKOBS *Derecho Penal*, PG, Apdo 29, n.m. 76; EL MISMO, *La imputación penal*, cit., p. 52; MÜSSIG, Bernd, "Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", (trad. Cancio Meliá), en *Teoría de los sistemas y Derecho penal* (Gómez-Jara ed.), Granada, 2005, p. 212 y s. PAWLK, *InDret* 1/2008, p. 18, destaca especialmente como el cometido fundamentalísimo del Estado garantizar un estado de de libertad real.

del funcionario público. La determinación de la responsabilidad penal del particular no puede hacerse con la infracción del deber que recae exclusivamente sobre el funcionario público, sino por su intervención organizativa en la afectación de un bien jurídico (el deber negativo de no lesionar a otros). En consecuencia, y para seguir con el ejemplo del peculado, si un particular ayuda a un funcionario público a apropiarse de los caudales públicos que administra, no responderá como cómplice del delito de peculado, sino por su intervención organizativa en el delito de apropiación ilícita o hurto que subyace, como delito común, al delito de peculado. Como puede verse, lo que procede en estos casos es la ruptura del título de imputación.

A la solución propuesta, se le ha hecho diversas críticas, siendo quizá la más relevante la impunidad en la que quedarían los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público. Esta crítica es, sin embargo, relativa. En primer lugar, en el caso de los delitos especiales impropios —esto es, aquellos casos en los que se establece como criterio de agravación de la penalidad la infracción del deber institucional del funcionario público—, la conducta del partícipe podrá enmarcarse en un delito común de dominio, de manera tal que el partícipe podrá recibir una pena con base en el marco penal fijado para este último delito^[20]. Pero lo que no puede admitirse, tal como lo proscribe el artículo 26 del CP, es que las circunstancias o cualidades que afecten la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito, tiene lugar una incommunicabilidad de la circunstancia agravante. La incommunicabilidad de la calidad de titular de un deber especial se fundamenta en el hecho de que si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. Por consiguiente, la responsabilidad penal de los que han participado en el hecho delictivo y no tienen la calidad especial no podrá verse

[20] Similarmente, LESCH, *Intervención delictiva*, cit., p. 71 y s.

afectada por la agravante prevista, sino que su responsabilidad penal se determinará a partir del delito de dominio base de la agravación.

En caso que el delito de infracción de un deber constituya un delito especial propio, el vacío de punibilidad se presentará más evidente. Sin embargo, lo que corresponde en estos casos es que el legislador penal proceda a castigar expresamente la aportación especial de un *extraneus* a la materialización de un delito de infracción de un deber, sea mediante una cláusula general para el castigo de la participación en los delitos de infracción de un deber, sea mediante la configuración de tipos penales específicos en la Parte Especial. De esta última forma se opera cuando, por ejemplo, se tipifica el delito de cohecho activo que, siguiendo la lógica de la unidad del título de imputación, no tendría que estar específicamente sancionado, en tanto el agente corruptor es ya un cooperador necesario del delito de cohecho pasivo. El hecho es que las reglas generales de la autoría y participación actualmente existentes no son suficientes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial propio de infracción de un deber. Si se quiere mantener los presupuestos materiales de los delitos especiales, no puede hacerse una incriminación de la participación a través de una cláusula general igual para los delitos de dominio y de infracción de un deber^[21]. En el Derecho penal alemán se contempla, en este sentido, una regla específica para estos problemas, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente.

Resulta pertinente precisar que las afirmaciones precedentes no resultan aplicables a la figura de la inducción, pues, en mi opinión, esta forma de participación en el delito no constituye, en sentido estricto, una intervención delictiva, sino la realización de un injusto aparte^[22]. En este sentido, no habrá mayor inconveniente dogmático para hacer penalmente responsable por inducción al que determina a un funcionario público a cometer un delito especial de infracción de

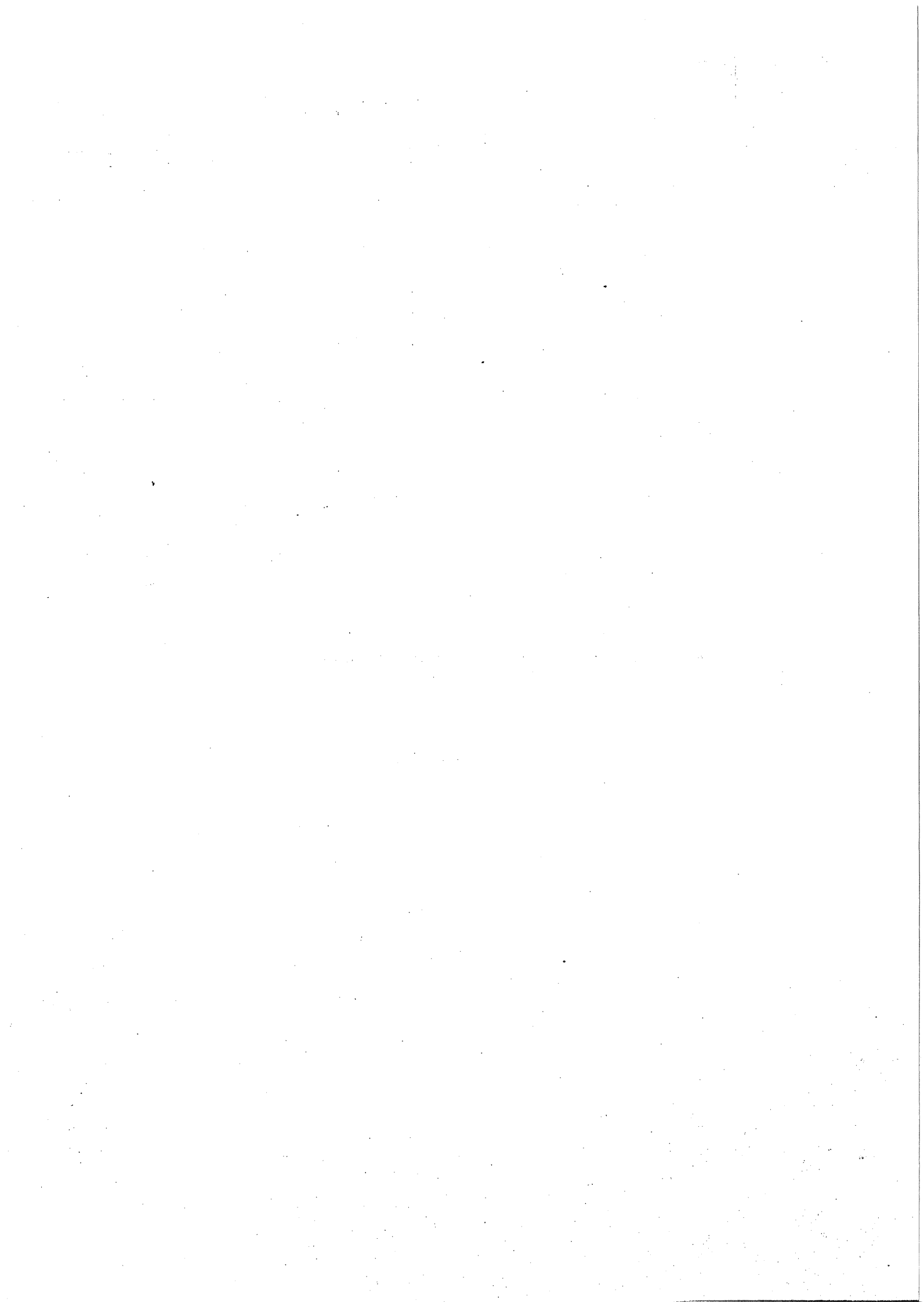
[21] Similarmente, VILCHEZ CHINCHAYÁN. "La participación en los delitos de infracción de deber", cit., p. 243.

[22] Vid., GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Lima, 2008, p. 587 y ss.

un deber contra la Administración Pública. Sin embargo, la remisión de la determinación de la pena del inductor a la pena del autor no se ajusta a la gravedad de los deberes infringidos, por lo que debería considerarse una pena menor para el inductor.

4. CONCLUSIÓN

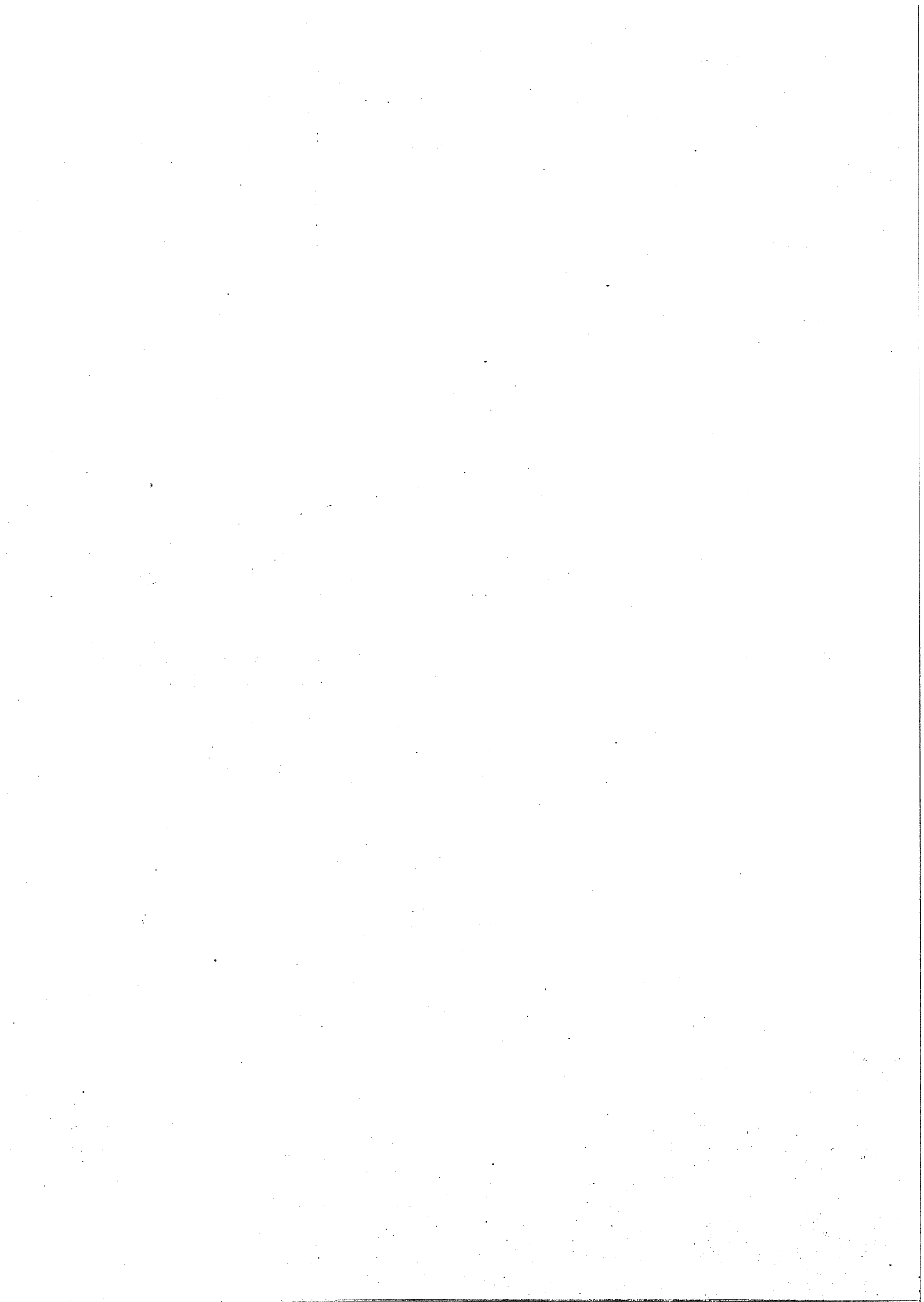
La disputa entre la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación en relación a la cuestión de la pena a imponer al partícipe *extraneus* de un delito especial, debe solucionarse en función de las estructuras de imputación penal que informan el delito especial. Si el delito especial es un delito de dominio deberá seguirse, en principio, lo establecido por la teoría de la unidad del título de imputación, mientras que si el delito especial es un delito de infracción de un deber, habrá que seguir lo dispuesto por la teoría de la ruptura del título de imputación. Dado que los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública están estructurados como delitos de infracción de un deber, el castigo al particular que ayuda a un funcionario público a realizar su delito deberá hacerse siguiendo la ruptura del título de imputación, esto es, subsumiendo su aporte organizativo en un tipo penal que admita su configuración con el criterio del dominio del riesgo.



ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA LEY N° 29758

Ramiro Salinas Siccha ()*

(*) Juez Superior Titular de Lima, en la actualidad integrante de la Sala Penal Nacional, Profesor de la Academia de la Magistratura.



1. CUESTIÓN PREVIA

Para explicar metodológicamente el delito de peculado en el contexto de nuestro ordenamiento penal, consideramos necesario precisar que, a diferencia de otras investigaciones sobre la materia existentes en donde la citas bibliográficas de autores extranjeros es abundante, en el tratamiento del tema nos vamos a referir fundamentalmente a la doctrina y jurisprudencia peruana, toda vez que la redacción del tipo penal 387° del Código Penal es diferente a los tipos penales de los códigos penales foráneos. Así, por ejemplo, en el Perú los verbos rectores del tipo penal son apropiarse y utilizar, en tanto que en el Código Penal de Argentina el verbo rector es sustraer. Igual, el artículo 432° del Código Penal español utiliza el verbo rector sustraer. De ese modo, el Código Penal español de 1995 tipifica el delito de peculado indicando que comete este delito "la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro sustraer o consintiere que un tercero, con igual ánimo de lucro, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones [...]".

También en el Código Penal español no existe la figura delictiva de peculado culposo como sí existe en el Código Penal peruano.

Ello sustenta aún más nuestra posición: al analizar el contenido de nuestro Código Penal y pretender aplicarlo al caso concreto debemos tomar como referencia principal la doctrina y jurisprudencia peruana, caso contrario, caemos en tremendos errores al pretender hacer interpretación con comentarios que hacen los juristas foráneos de sus propios códigos penales. En tal sentido, las citas a los autores argentinos,

españoles o italianos se harán en forma limitada y quizá solo a efectos de hacer Derecho penal comparado^[1].

Sin embargo, ello no significa que no tomemos interés ni se conozca la doctrina extranjera. Esta siempre es importante para conocer la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal y conocer cómo está legislado en otros países el tema que se trate y orientar el conocimiento del Derecho penal a la universalización de sus conceptos centrales. Pero en tanto ello no llegue, debemos tener bastante cuidado al momento de interpretar y aplicar la norma penal a la realidad peruana^[2].

En ese orden de ideas y como cultura general en Derecho penal, resulta trascendente indicar que el término "peculado" proviene de dos latinazgos: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto. En consecuencia, etimológicamente significa "hurto de ganado". En Roma, cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos. En la República ya se utilizó el término peculado para indicar el hurto de cosas de valor. Es en el Imperio romano donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatus* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos^[3]. Esta última definición es la que ha prevalecido hasta nuestros días.

[1] Esto es lo que pretende enseñar el profesor Hurtado Pozo, cuando precisa que si bien las obras foráneas son indispensables para tener una idea cabal de la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal, no deben dejarse de tener en cuenta los estudios referentes al derecho nacional a fin de dar continuidad al esfuerzo de estructurar una doctrina que sea el resultado del análisis del derecho propio (HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddili, Lima, 1987, p. 380).

[2] Véase también SALINAS SICCHA, Ramiro. "El delito de peculado en la legislación y en la jurisprudencia vinculante". EN: *JuS-Jurisprudencia*, N° 6, Lima, 2008, pp. 125-150. Trabajo publicado también en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 14, Lima, N° 118, 2008, pp. 229-243.

[3] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*, 3ra. ed., Grijley, Lima, 2002, p. 315.

2. TIPO PENAL

En nuestra normativa penal, el antecedente más reciente del tipo penal 387° lo constituye el artículo 346° del derogado Código Penal de 1924. El texto original del citado tipo penal del Código de 1991 fue modificado por la polémica Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que ha sido derogada en parte por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011. Aquí se ha dado el siguiente contenido al delito de peculado:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

El tipo penal 387° regula el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa.

Al delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor públi-

co en su beneficio personal o para beneficio de otro, se **apropia** o **utiliza**, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado.

Estos conceptos aparentemente sencillos generan en la doctrina y en la práctica jurisprudencial vivas discusiones como veremos enseguida al analizar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que requiere el delito de peculado. Primero, analizaremos los elementos del peculado doloso, luego veremos los elementos que exige la norma penal para la configuración del delito de peculado culposo.

3.1. MODALIDADES DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO

Las modalidades por las cuales el agente puede cometer el delito de peculado con dolo dependen del o los verbos rectores que se indican en el tipo penal. De ese modo, siendo los verbos rectores el "apropiarse" y "utilizar", se concluye que existen dos formas de materializar el hecho punible de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización.

3.1.1. *Peculado por apropiación*

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración.

La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación *sui generis*. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder

de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio^[4]. Actúa como propietario del bien público. En igual sentido, Rojas Vargas^[5] argumenta que apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento^[6].

Como ejemplo de esta modalidad cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003. Allí se argumenta que “conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que

[4] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, Palestra, Lima, 2005, p. 342.

[5] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 335.

[6] *Ibíd.*, p. 336.

percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento”^[7].

3.1.2. Peculado por utilización

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero^[8]. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la administración pública^[9]. Así se precisa en la ejecutoria suprema del 20 de septiembre de 2005, cuando se argumenta que “la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero”^[10].

Aquí es necesario hacer la siguiente precisión: en el artículo 388° del Código Penal encontramos el peculado de uso que muchos podemos pensar que es idéntico al peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387° del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta con la sola lectura de ambos tipos penales. En efecto, en el artículo 387° se

^[7] Exp. N° 2337-2001-Lima (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada* (2001-2003), Idemsa, Lima, 2005, T. II, p. 321).

^[8] ROJAS VARGAS enseña que utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí ánimo de dominio, sino solo el de servirse del bien (*Delitos contra la administración pública*, cit., p. 336).

^[9] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 344.

^[10] R.N. N° 3632-2004-Arequipa (SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, p. 619).

refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que en el artículo 388° se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387° siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388°.

Es común en la doctrina nacional considerar que el peculado doloso tanto por apropiación como por utilización puede configurarse por omisión impropia^[11]. En efecto, de la lectura del tipo penal se concluye que el agente, muy bien con conocimiento y voluntad, puede dejar, tolerar o permitir que un tercero se apropie o haga uso en su beneficio del bien público. De presentarse esta hipótesis, no hay duda que el operador jurídico recurrirá a lo dispuesto en el artículo 13° del Código Penal.

Pueden presentarse dos supuestos: primero, cuando el agente garante del bien público o allegados a él no se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero será investigado y sancionado por el delito de hurto o apropiación ilícita. Segundo, cuando el agente garante del bien público o allegados a él, se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero por unidad del título de imputación será investigado y sancionado por el delito de peculado doloso en el grado de complicidad primaria. Es evidente un acuerdo previo entre el agente garante y el tercero para cometer el hecho punible en perjuicio de la administración pública. Solo así se explica que aquel dolosamente haya permitido que el tercero sustraiga el bien público confiado a su cargo y luego se aprovecha del producto de la sustracción. Se entiende que el agente utiliza la ayuda del tercero para hacer realidad la apropiación del bien público.

Respecto a las modalidades de apropiación y utilización en que se traduce la comisión del delito de peculado, se ha establecido como

[11] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 337; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 343.

jurisprudencia vinculante lo siguiente: "El primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero"^[12].

En otro aspecto, nos parece una exageración del legislador haber equiparado la figura del peculado doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. No es lo mismo apropiarse de los bienes de la administración pública que el solo usarlo para luego ser devueltos y continúen siendo de la administración pública^[13]. Esto nos convence para sostener que el juez, al momento de graduar la pena, le impondrá mayor pena al que se apropió de los bienes públicos que al que solo se limitó a utilizarlos.

3.2. PERJUICIO PATRIMONIAL

Asimismo, para configurarse el delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. "En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal"^[14].

^[12] Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 de septiembre de 2005.

^[13] Rojas Vargas al referirse a este aspecto con razón argumenta que esta forma de legislar implica un exceso de penalización, afectándose el principio de proporcionalidad frente a la cantidad de injusto penal (ROJAS VARGAS *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 336).

^[14] Ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N° 3858-2001-La Libertad (SALAZAR, SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima 2004, p. 346).

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta. La jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo. En ese sentido, la ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008 argumenta que “constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito”^[15].

La importancia de la pericia valorativa resulta del hecho que según la Corte Suprema, primero permite determinar la existencia de los bienes públicos, segundo posibilita apreciar el destino de los mismos y tercero permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado con las salidas del patrimonio estatal^[16]. Si en la conducta rotulada como peculado que se atribuye al imputado no se verifica el elemento objetivo “perjuicio patrimonial”, la conducta será irrelevante penalmente por atípica.

Siendo esta la interpretación jurisprudencial y la orientación de la doctrina mayoritaria, no es de recibo lo sostenido por Barrios Alvarado^[17], quien sustentándose en la doctrina argentina argumenta que el peculado “es un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus deberes,

[15] R.N. N° 889-2007- Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

[16] Rojas Vargas citando reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema (ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 347).

[17] BARRIOS ALVARADO, Elvia, “El delito de peculado y la asignación de viáticos a un Funcionario Público”, EN: *Jurídica Gaceta Penal y Procesal Penal*, setiembre, Lima, 2010, p. 174.

quebranta la correcta marcha patrimonial de la Administración Pública. Por ende, en razón de las consideraciones esbozadas respecto al bien jurídico, el perjuicio 'patrimonial' no es exigible para la configuración de este ilícito penal".

No hay forma de tipificar una conducta determinada como peculado sancionada en el artículo 387 del Código Penal, si no concurre el elemento objetivo de perjuicio patrimonial al Estado. Asimismo, el perjuicio patrimonial nada tiene que ver con el bien jurídico protegido, pues como lo vamos a ver más adelante, el patrimonio público no es realmente el bien jurídico que se pretende cautelar o proteger con el delito en hermenéutica jurídica.

3.2.1. *¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial?*

El tipo penal 387° no hace referencia a cuantía alguna como lo hace el Código Penal español. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado. Así lo tiene establecido la jurisprudencia desde la aplicación del Código Penal de 1924. En efecto, en la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre de 1990 se argumenta que "el delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dada su cuantía considerarlo como falta"^[18]. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 prescribe que "por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal"^[19].

En ejecutoria suprema mucha más reciente, de fecha 13 de enero de 2004, se considera con propiedad "que en nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos - peculado - no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extra-penal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este

[18] Exp. N° 808-90-Callao, *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia*, Año Judicial 1990, T. LXXVIII, Lima, 1993, p. 141.

[19] Exp. N° 1141-90-Loreto.

cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos”^[20].

Aquí cabe precisar que la Sala Plena de la Corte Suprema, por el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ^[21], propuso se modifique el contenido del artículo 387° del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas viales para el culposo). En la exposición de motivos del citado Proyecto se argumentó que “el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito; un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de los apropiado”. Sin embargo, tal propuesta no caló en los legisladores.

Más bien la Comisión de Justicia, en su dictamen^[22] recaído en el citado Proyecto de Ley, señaló que la Corte Suprema con su propuesta estaría “propiciando o induciendo a apropiaciones “pequeñas”...De ser así, donde queda la tesis de la infracción del deber, el peculado pasaría a ser un delito patrimonial...el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, no para descriminalizarla o

[20] Exp. N° 3682-2002-La Libertad (SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Pa-lestra, Lima, 2006, p. 738).

[21] Ingresado al Congreso de la República el 3 de agosto de 2010.

[22] De fecha 13 de abril de 2011. Este dictamen incluyó un proyecto sustitutorio que luego fue aprobado por el congreso y sin mayor discusión se convirtió en la Ley N° 29703 publicada el 10 de junio de 2011, la misma que ante una reacción inusitada y unánime de todos los medios de comunicación fue derogada en parte por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011.

sugerir espacios de reconducción disciplinaria. Lo cual no implica que, en la práctica, las apropiaciones o utilizaciones de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo) en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico... En este escenario de reforma del delito de peculado, se consideran no felices varias de las propuestas. Planteándose en cambio un texto sustitutorio que establece una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado excede las diez unidades impositivas tributarias”.

Ante tal revés, la suprema corte retrocedió y en la exposición de motivos de un Segundo Proyecto de Ley^[23], ingresado al Congreso de la República el 4 de julio de 2011, señaló que “en atención a que, según el estado de la discusión, del derecho penal comparado y de los últimos proyectos de ley, se acepta la configuración de la entidad del perjuicio... como una circunstancia con entidad para construir un tipo base y tipos agravado y privilegiado. En esta perspectiva... se ha considerado necesario fijar un monto como supuesto de grave perjuicio... La alternativa que se alcanza está referida a las sanciones penales, que se reequilibran en atención a la opción sumida”.

En suma, en el delito de peculado no hay cuantía mínima, situación que consideramos adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de diez nuevos soles como aquel que se apropia de diez millones. Aspecto que solo debe ser tomado en cuenta por el Juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal.

3.3. DESTINATARIOS DE LA APROPIACIÓN O USAR

Otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización,

^[23] Signado en el Congreso con el N° 4898/2010-PJ.

así como un tercero identificado en el tipo penal como “para el otro”, que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que el otro no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, caso en el cual será coautor del hecho y de modo alguno representaría “el otro” a que se refiere el tipo penal.

En consecuencia, “el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero”^[24].

La utilización del término “otro” significa que no siempre el peculado es un delito de apoderamiento que se agota en el sujeto activo, sino también puede comprometer a un tercero vinculado por nexos diversos con el autor o coautores del delito, teniendo como presupuesto en este último caso que el agente haya consumado ya el delito, vale decir, se haya apropiado del caudal o efecto para tener luego la posibilidad de disponer del bien y destinarlo para un tercero, en diversidad de expresiones fácticas^[25].

El “otro” de modo alguno quedará sin sanción. Será investigado y juzgado por el delito de inducción o por receptación o por el grave delito de lavado de activos.

3.4. RELACIÓN FUNCIONAL

El objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado o, mejor, en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado no se configura así haya evidente

^[24] Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 septiembre de 2005.

^[25] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 339.

apropiación de los caudales del Estado y este resulte seriamente perjudicado en su patrimonio^[26].

En el delito de peculado es condición *sine qua non* que el bien público, objeto de la apropiación o utilización, esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal^[27]. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto directo con los caudales y efectos públicos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional^[28]. Este aspecto incluso ha sido establecido como jurisprudencia vinculante en

[26] Rojas Vargas con propiedad enseña que si el agente se apropiara o utilizara bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales y no poseyera dicha vinculación, simplemente estaría incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita (Ibídem, p. 331).

[27] Incluso puede ser autor de peculado la más alta autoridad de la República como es el Presidente. Véase: Ejecutoria Suprema del 8 de julio de 2011 que confirmó la sentencia condenatoria a Fujimori Fujimori por el delito de peculado entre otros; R. N. A.V. 33-2003-9-Lima. Allí se argumentó que “cuando fue presidente de la República, tenía como atribución constitucional administrar la Hacienda Pública, conforme al artículo 118º apartado 17 de la Constitución Política del Perú; esa atribución origina una relación funcional con los fondos públicos, que por razón de la más alta jerarquía atribuye un deber positivo de administrar los fondos del Estado; en ese sentido, advertimos que la imputación realizada por el representante del Ministerio Público, sí se subsume en el supuesto de hecho del tipo penal de peculado doloso, pues imputa al encausado haber dispuesto de manera dolosa de cuantiosas sumas de dinero pertenecientes al Tesoro Público para objetivos ilícitos y políticos”. En igual sentido se pronunció la ejecutoria suprema del 18 de julio de 2011 que confirmó la sentencia condenatoria del ex Presidente por el delito de peculado doloso por apropiación; R. N. A.V. 23-2001-09-Lima- caso quince millones de dólares.

[28] Loc. cit., en tanto que Abanto Vásquez, enseña que el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes “con ocasión” de sus funciones. El funcionario incompetente solo podría cometer delitos contra la propiedad (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 337. Igualmente AMORETTI PACHAS, Mario, *Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*; Grijley, Lima, 2007, p. 223).

el Acuerdo Plenario N° 4-2005 del 30 de septiembre de 2005. Allí se prescribe: “Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública”^[29].

La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiendo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo las hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional; y, en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por los jueces y fiscales, de lo contrario se lesionaría el principio de legalidad que sustenta la aplicación de las normas punitivas^[30].

Este elemento objetivo del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en la administración pública. No le falta razón a Abanto Vásquez^[31], cuando enseña que el bien jurídico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados, descartándose de ese modo una lesión a deberes generales del cargo.

^[29] Numeral 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2005.

^[30] ALCÓCER POVIS, Eduardo, “La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya”. EN: Actualidad Jurídica, Lima, 2005, p. 97.

^[31] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 338.

3.5. RELACIÓN FUNCIONAL DE HECHO

Por otro lado, simples delegaciones o encargos temporales o coyunturales de los bienes del Estado a funcionarios o servidores públicos de modo alguno configuran la relación funcional que exige el tipo penal en análisis.

No obstante, si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto que cualquier persona toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos^[32]. La actuación de estos funcionarios, al contar con la anuencia, orden o disposición de los directos responsables de la administración o custodia del patrimonio estatal, es pública y pacífica. Este es el caso, por ejemplo, de un secretario de juzgado que por orden del juez asume el deber de custodiar determinado bien que constituye cuerpo del delito u otro documento. En la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2002 se grafica esta modalidad de peculado. Allí se argumenta que “al haberse verificado que el procesado, en su calidad de secretario judicial, tuvo en custodia una tarjeta de ahorros, la cual fue encargada a su persona por la juez de la causa, a efectos [de] que por mandato judicial se hicieran efectivas las pensiones alimenticias a favor del agraviado, sin embargo, de manera indebida sustrajo de dicha cuenta de ahorros sumas de dinero, configurándose así el delito de peculado doloso”^[33].

En este supuesto, se subsume a cabalidad y coherencia el hecho real de peculado cometido por Vladimiro Montesinos. En efecto, por Resolución Suprema N° 279-96-PCM de agosto de 1996, Montesinos fue designado en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de

[32] “El funcionario de facto ejerce funciones en forma lícita, pero sin cumplir en realidad con los requisitos legales o sin haber cumplido con las formalidades de ley” (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 360).

[33] Exp. N° 2007-2001-Santa (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 289).

Asesores de la Alta Dirección del SIN, por lo cual se hallaba inmerso en la esfera de la administración pública^[34]. Y por declaración del mismo procesado, se sabe que por orden del expresidente de la República Alberto Fujimori participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas de reserva uno y dos desagregadas de la partida del Régimen de Ejecución Especial, destinada en el presupuesto para gastos de inteligencia y contrainteligencia, versión ratificada por los testigos Salazar Monroe, Rozas Bonuccelli y Villalobos Candela^[35], quienes han señalado que una vez que se cobraba el cheque correspondiente al Régimen de Ejecución Especial, el dinero se entregaba a Montesinos, “todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del Estado por orden expresa de autoridad competente”^[36]. De tal modo que “el procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor”^[37].

En esta misma línea de interpretación, el Tribunal Constitucional ha señalado que “si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387° del Código Penal”^[38].

[34] Extracto de la Ejecutoria Suprema del 14 de noviembre de 2003, R.N. N° 1813-2003-Lima (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7, Grifley, Lima, 2006, p. 490).

[35] Los tres citados fueron funcionarios del ahora desactivado Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), al tiempo que Montesinos Torres ejercía de facto la función de administrador de los fondos públicos destinados al SIN.

[36] Ejecutoria del 14 de noviembre de 2003.

[37] *Ibidem*, p. 492.

[38] Exp. N° 2758-2004-HC/TC-Lima, 23 de noviembre de 2004. En este proceso, Luis Bedoya de Vivanco interpuso hábeas corpus alegando que “se ha violado el

En contra de esta interpretación, Amoretti Pachas^[39], analizando el Acuerdo Plenario N° 4-2005 de modo particular, sostiene que el funcionario o servidor de facto o de hecho no puede ser autor del delito de peculado, debido a que “no incurre en una infracción de deber cuando se apropia de los bienes que percibió, al no ser desleal o infiel con el Estado, porque no tiene la competencia en el cargo, ni la obligación de vigilar o custodiar o administrar lo que recibe”. Planteamiento que no podemos compartir toda vez que el funcionario o servidor público que asume de facto o de hecho las funciones de administrar los bienes o caudales del Estado con anuencia de otros funcionarios o en su caso, por orden de otro funcionario competente como en el caso de Montesinos del nada menos Presidente de la República^[40], al tener bajo su administración efectos o caudales que sabe bien pertenecen al Estado, asume en forma automática la obligación o, mejor, asume el deber de manejar, administrar, proteger y custodiar los bienes públicos en forma debida dándole la aplicación al destino que tienen fijados al interior de la administración pública. Por el contrario, si este funcionario o servidor público se apropia o usa en su beneficio personal o de tercero los efectos o caudales que administra de hecho, en forma evidente infringe su deber de lealtad y fidelidad para con el Estado a quien se debe y representa.

El planteamiento de Amoretti Pachas tiene sentido solo en el supuesto que un extraño o particular a la administración, asuma de

principio de legalidad penal, por haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito”. El TC por mayoría declaró infundado el recurso, indicando además que conforme a lo señalado en la sentencia cuestionada, en el caso sí se configura el delito de peculado.

[39] Amoretti Pachas, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 233.

[40] Amoretti Pachas considera que Montesinos no debió ser condenado por el delito de peculado, debida que los funcionarios de facto o de hecho no pueden ser sujetos activos de tal delito, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., pp. 235 y ss. Este planteamiento tiene su explicación en el hecho que el autor citado participó en el proceso defendiendo a Bedoya de Vivanco y como es natural, en todo momento argumentó que su patrocinado no podía ser cómplice del delito de peculado debido a que Montesinos al ser un funcionario de facto no podía ser autor de peculado.

facto o de hecho funciones de administrar fondos públicos. Aquel, de manera alguna tiene el deber de fidelidad y lealtad para con el Estado. Supuesto que no puede invocarse para el caso de Montesinos Torres, quien como llegó a acreditarse en el proceso que concluyó con sentencia condenatoria, al tiempo de la comisión del delito de peculado, era funcionario público.

3.6. CAUDALES O EFECTOS

El patrimonio público está representado por los caudales o efectos a que se refiere el artículo 387° del Código Penal.

Se entiende por caudales en una acepción amplia a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero^[41].

A efectos de la hermenéutica jurídica del tipo penal 387° del Código Penal, sirve el concepto restringido de caudal, lo demás constituye efectos. En tal sentido, se entiende por caudal a toda clase de bienes, en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico^[42]. Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero.

En la doctrina, hay discusión para admitir a los bienes inmuebles como objetos del delito de peculado. En Argentina y España, por ejemplo, algunos afirman que no es posible que un inmueble sea objeto de peculado, pues no es posible que sea sustraído de la esfera de la administración pública. Sin embargo, para nuestra legislación, al ser los verbos centrales del tipo penal el utilizar o apropiarse, es perfectamente posible que tal acción recaiga sobre bienes inmuebles^[43].

[41] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 341.

[42] Por su parte la Convención Interamericana contra la Corrupción no se refiere a caudales o efectos, simplemente se refiere a "bienes", los que son definidos como los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Véase, artículo 1°.

[43] En el mismo sentido ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*,

Por ejemplo: hay peculado cuando el encargado de administrar los inmuebles del Estado, sin autorización alguna utiliza uno de ellos como su vivienda.

En otro extremo, es lugar común para la doctrina nacional^[44] entender que efectos es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la administración pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.

Los libros o documentos contables de las empresas estatales no son caudales ni efectos, debido a que no son factibles de ser introducidos en el tráfico comercial. Esta es la línea de interpretación de la jurisprudencia. En la ejecutoria suprema del 10 de septiembre de 1997 se argumenta que "los documentos y libros contables no pueden considerarse en manera alguna como caudales y menos como efectos, pues los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y la Sunat"^[45].

Los caudales y efectos deben pertenecer o estar bajo la administración pública destinados a los fines propios del Estado. En consecuencia, los bienes pertenecientes a un organismo internacional, por ejemplo, no constituyen bienes del Estado, por lo tanto, no comete peculado, sino otro delito común el funcionario que se apropia en razón de estar administrándolos.

En suma, se ha establecido como precedente vinculante que los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; y los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que

cit., p. 341 y ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 348.

^[44] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 341; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 349; AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 225.

^[45] Exp. N° 4174-96-Junín (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 668).

representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables^[46].

3.7. PERCIBIR, ADMINISTRAR Y CUSTODIAR

Ya señalamos que para configurarse el delito de peculado es necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña. Pero veamos qué significan cada una de estas únicas formas o modos generadores de la posesión de los bienes públicos por parte del agente establecidos en el tipo penal, los que pueden concurrir juntos o separadamente:

Percibir significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado. Perciben los caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a la administración pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos públicos^[47].

La ejecutoria suprema del 6 de enero de 2003 presenta un caso real en el cual un recaudador perfecciona el delito de peculado. En efecto, allí se considera que “de las pruebas actuadas, se tiene que el citado encausado desde su ingreso a la administración de Emapa se ha desempeñado como recaudador de los recibos de consumo de agua potable, realizando labores propias de un servidor público, percibiendo para ello un sueldo en dicha condición, [...]; se acredita además la consumación del delito de peculado doloso cuando el recaudador estando en la obligación de controlar que el dinero cobrado ingrese a los fondos de la empresa, y no solo de entregárselos al administrador sin recabar documento alguno que acredite la entrega, permitió que el administrador de la empresa se apropie del dinero recaudado”^[48]. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 2002

^[46] Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 de septiembre de 2005.

^[47] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 334.

^[48] Exp. N° 524-2002-Tumbes (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 234).

argumenta que “existen suficientes medios probatorios que acreditan la comisión del delito de peculado por parte del acusado, quien en su condición de jefe de almacén de la oficina ejecutiva de logística del Consejo Regional recepcionó dos refractómetros y al ser destituido de su cargo no hizo entrega de dichos artefactos, apropiándose los, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlos”^[49].

Administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas^[50]. No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

La administración de los caudales o efectos por parte del agente tiene implícita vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el bien público o relaciones mediatas por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario o servidor público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego por ejemplo^[51].

El otro título que genera la posesión del bien público es el acto jurídico denominado por el legislador en el tipo penal: custodiar, el que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público^[52]. Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural.

Abanto Vásquez^[53], siguiendo al argentino Carlos Creus y al español Muñoz Conde, grafica este último aspecto con los siguientes ejemplos: no es sujeto activo el policía que vigila el local donde están los bienes públicos y procede a sustraerlos; tampoco constituye autor

[49] Exp. N° 26-2001-Cusco (Ibíd., p. 251).

[50] ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 353.

[51] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 334.

[52] Ibíd., p. 335; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 353.

[53] Ibíd., p. 354.

de peculado doloso el empleado que embala los bienes por orden del administrador y en tales circunstancias procede a apropiárselos.

Estos tres aspectos han sido resumidos como doctrina jurisprudencial en el Acuerdo Plenario N° 4-2005^[54], en los siguientes términos: la percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración implica las funciones activas de manejo y conducción; y la custodia importa la típica posesión que incluye la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

3.8. ¿LA NO RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS VIÁTICOS RECIBIDOS POR EL AGENTE PÚBLICO, CONSTITUYE PECULADO?

Para responder la interrogante es necesario precisar primero en qué consisten los viáticos. Estos comprenden la cobertura de los gastos de alimentación – desayuno, almuerzo y cena – hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo, por comisión de servicio con carácter eventual o transitorio^[55]. La condición es que el favorecido debe rendir cuentas documentalmente al final del servicio. Esto es, el funcionario o servidor, luego de concluido el encargo, adjuntando los documentos que acrediten el gasto efectuado, debe rendir cuentas ante la institución que le entregó los viáticos.

La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración Pública al ámbito

^[54] De fecha 30 de septiembre de 2005. Invocado en las Ejecutorias Supremas siguientes: R.N. N° 260-2009-Loreto del 3 de marzo de 2010; R.N. N° 4481-2008-Junín del 11 de marzo de 2010 y R.R. N° 1886-2009-Lima del 15 de setiembre de 2010.

^[55] Véase: la Ley N° 27785 (Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República) y la Ley N° 28411 (Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público).

de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados^[56]. De modo que al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. La condición para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio el sujeto público debe rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado. Si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite, ya sea en forma negligente o intencional, rendir las cuentas da lugar sin alguna duda, a responsabilidad administrativa y civil.

Ahora bien, ¿es posible atribuirle la comisión del delito de peculado por apropiación a aquel funcionario o servidor público que no cumple con rendir cuentas sobre los viáticos recibidos? En la práctica pueden presentarse hasta cinco supuestos fácticos que responden a la interrogante de modo diferente:

1. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente trabaja. Luego realizando lo encomendado no rinde cuentas o lo hace con documentos falsos.
2. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego, sin realizar el servicio encomendado, rinde supuestas cuentas con documentos adulterados o falsos.
3. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino él mismo coge (por ser él mismo administrador de los fondos, por ejemplo) una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego de realizado el servicio no rinde cuentas.

[56] BARRIOS ALVARADO, cit., p. 174.

4. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino de mutuo propio, coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar de trabajo. Luego sin realizar el servicio, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos.
5. Cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos (por el motivo que sea) simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales. Luego con la finalidad que la entidad pública le reembolse, rinde cuentas adjuntado documentos adulterados o falsos.

Ante estos supuestos fácticos, consideramos que en algunos supuestos se presenta el delito de peculado en concurso con el delito con la fe pública, en tanto que, en otros, por atipicidad no aparece el delito de peculado. En efecto, el primer supuesto, no configura el delito de peculado. Como ya hemos expresado, para que se perfeccione el peculado es necesario que el agente, previamente y de mutuo propio con ánimo de lucro, separe el efecto o caudal de la esfera pública de custodia y protección para pasarlo a su esfera privada de protección en forma definitiva (modalidad de apropiación) o pasarlo a su esfera privada de protección y darle una aplicación privada temporal (modalidad de utilización). Así se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte cuando precisa que “este tipo penal supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero”^[57].

Situación que de modo alguno ocurre cuando se trata del supuesto en que el sujeto público recibe los viáticos. Estos son entregados por la administración al funcionario o servidor. Este los tiene en su poder (en su esfera privada de custodia y protección) con la disposición de gastarlos como si fuera dueño de los mismos a condición de rendir luego cuentas sobre lo gastado. El monto que corresponde a los viáticos, el sujeto público de mutuo propio no los separa de la adminis-

^[57] Ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008, R.N. N° 889-2007-Lima.

tración y los pasa a su esfera de dominio privado, sino que la propia administración los entrega en forma consciente y voluntaria, incluso muchas veces en contra de la voluntad del sujeto público (piénsese en los supuestos en que el funcionario o servidor público, por la razón que fuere, no quiere realizar el servicio y solo lo hace para evitar problemas laborales en su centro de trabajo). En consecuencia, al no verificarse la separación intencional y con ánimo de lucro del dinero de la esfera pública para pasarlo luego a la esfera privada del agente, no es posible que se perfeccione el delito de peculado.

La jurisprudencia se viene orientando en este sentido. En efecto, en las ejecutorias supremas del 3 y 11 de marzo de 2010 y 15 de setiembre de 2010, que declararon haber nulidad en las sentencias recurridas y reformándola absolviéron a los acusados del delito de peculado, se argumenta que “los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o las haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal”^[58];

Por otro lado, la institución pública de que se trate, al entregar al sujeto público los viáticos para sus gastos personales, le da una especie de orden o disposición para que los administre o custodie en su propio y directo beneficio personal al realizar la comisión encomendada. En cambio, en los supuestos de administrar o custodiar el dinero perteneciente a la administración pública que exige el tipo penal de peculado del 387 del Código Penal, el sujeto público tiene la obligación legal de administrar o custodiar los efectos o caudales públicos en propio

^[58] R.N. N° 260-2009-Loreto; R.N. N° 4481-2008-Junín y R.N. N° 1886-2009-Lima, todas de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

y directo beneficio de la administración pública. No tiene orden ni autorización para disponer de los efectos o caudales en su beneficio personal. En consecuencia, por este extremo tampoco es posible que se configure el delito de peculado.

Sin embargo, si pretende rendir cuentas con documentos falsos será autor solo del delito contra la fe pública.

En el **segundo supuesto**, esto es cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos sin que haya realizado el servicio encomendado, se perfecciona el delito de peculado, pues como ya hemos expresado, los viáticos son entregados al sujeto público para que los gaste en alimentación, alojamiento y movilidad al realizar la comisión de servicios. Para ello, el agente tiene que trasladarse a localidad o lugar diferente al que labora con la finalidad de efectuar la comisión. Si ello no ocurre por el motivo que sea, ni devuelve a la administración lo recibido y, por el contrario, el agente intencionalmente y con ánimo de lucro se lo apropia, estaremos ante la comisión del delito de peculado. Si bien es cierto el agente público ha recibido el viático para que los administre o custodie en su directo beneficio personal, también es cierto que esa administración o custodia del dinero y su gasto tiene que hacerse en el lapso en que se está cumpliendo la comisión ordenada. Si no se realiza la comisión de servicio, cualquier gasto significa apropiación de los dineros públicos y, por tanto, el peculado se verifica^[59].

[59] La Ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008 en el R.N. N° 889-2007-Lima, declaró no haber nulidad en la sentencia de vista que condenó a Fernando Guigli- no Rosas como autor del delito contra la administración pública - peculado y con- tra la fe pública - falsificación de documentos y falsedad genérica - en agravio del Estado, toda vez que se había determinado que el sentenciado en su condición de Jefe de Auditoría de INDECI físicamente no realizó comisiones a las ciudades de Pucallpa, Tacna, Huánuco, Cerro de Pasco, Arequipa, Puno y Ancash no obstante, presentó diversas rendiciones de cuentas de viáticos sustentadas con documentos falsos. Igual supuesto es objeto de la ejecutoria suprema del 21 de enero de 2010 (R.N. N° 2665-2008-Piura), donde declarando no haber nulidad de la sentencia, se argumenta que el acusado García Gallo en el cargo de Ejecutor Coactivo de la Municipalidad agraviada solicitó autorización de viaje a la ciudad de Lima con la

Si unido a ello aparece que con la finalidad de sorprender a la administración el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública, el mismo que concurrirá con el de peculado.

En el tercer supuesto, esto es, cuando el agente público teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino él mismo coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera de la localidad o lugar donde trabaja y luego de realizado el servicio no rinde cuentas, tampoco se verifica el delito de peculado, toda vez que el agente coge determinado monto de dinero por concepto de viáticos con la finalidad de realizar una comisión de servicios, la misma que lo realiza, es decir, administra o custodia los viáticos en su directo beneficio personal al tiempo que realiza la comisión en beneficio directo, se entiende, de la administración pública. La simple omisión de rendir cuentas de modo alguno genera el delito de peculado por no concurrir los elementos objetivos antes apuntados. Pero claro, ante la omisión responderá administrativa y civilmente. Es más, la administración tiene abierta la posibilidad, si así lo considera pertinente, de recuperar el monto del viático no justificado descontando de sus remuneraciones al funcionario o servidor.

Respecto al cuarto supuesto, esto es, cuando el agente público teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos de mutuo propio coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera de la localidad o del lugar de trabajo y sin que la realice, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, el delito de peculado también se verifica en concurso real con el delito contra la fe pública. En efecto, aquí el sujeto público que tiene relación funcional con los dineros del Estado de mutuo propio coge y dispone del dinero por concepto de viáticos, alegando realizar una comisión de servicios

finalidad de efectuar gestiones propias del cargo que ostentaba, así como requirió el pago de mil quinientos soles por concepto de viáticos por un plazo de diez días; que posteriormente no presentó la rendición de cuentas respectiva ni efectuó el informe sobre la gestión encomendada, motivo por el cual fue destituido del cargo y procesado por peculado. Aquí, al parecer, el acusado nunca realizó la comisión de servicio para cuyo efecto solicitó y se le entregó un monto de dinero por concepto de viáticos.

fuera de la localidad donde trabaja, sin embargo, luego se verifica que nunca realizó comisión alguna y más bien el dinero en lugar de devolverlo a las arcas fiscales, lo dispone en su directo beneficio personal, configurándose de ese modo los elementos objetivos y subjetivos del delito de peculado. Si luego aparece que con la finalidad de sorprender a la administración, el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública.

En lo que corresponde al quinto supuesto, esto es, cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales y acto seguido, con la finalidad que la entidad le reembolse, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, configura sin duda alguna el delito de peculado. Ello es así debido a que el sujeto público, sabiendo bien que no ha realizado servicio de comisión alguna, o sabiendo que no tiene cómo rendir cuentas ante la institución al no haber realizado comisión alguna, dolosamente se agencia de documentos falsos para hacer que la administración le reembolse. Desde el inicio el agente tiene la intención y *animus* de lucro de sorprender a la administración para que le entregue dinero por concepto de viáticos supuestos para finalmente apropiárselos. Aparece el peculado, pues el agente intencionalmente y sabiendo perfectamente que no puede sustentar el gasto de los viáticos al no haber efectuado alguna comisión de servicios, dolosamente separa el dinero de la administración y lo pasa a su esfera privada personal, perjudicando de ese modo al agraviado que no es otro que el Estado. Verificado la presentación de documentos falsos, el peculado concurrirá con el delito contra la fe pública.

De todo lo expuesto, queda claro que no toda omisión de rendición de cuentas configura atipicidad del delito de peculado. Es necesario para ello identificar principalmente que el sujeto público haya cumplido con la comisión encomendada; verificado ello, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción administrativa^[60].

^[60] BARRIOS ALVARADO, cit., p. 177. En parecido sentido CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de peculado: aspectos sustantivos y procesales*, Idemsa, Lima, 2012, p. 57.

3.9. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es común, en la doctrina, considerar que el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública.

En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario. Se identifica tres posiciones bien definidas: la primera que considera que se protege el patrimonio del Estado^[61], la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público y la última, que sostiene que el delito de peculado es pluriofensivo^[62], toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios y servidores^[63]. Incluso esta posición se ha traducido en jurisprudencia vinculante. En efecto, en el Acuerdo Plenario N° 4-2005 del 30 de septiembre de 2005, se prescribe que el peculado es un delito pluriofensivo, en el cual “el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla

[61] Ibídem, p. 333. También, AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 221. Como referencia, por ejemplo, cabe indicar que en Alemania tiene plena acogida esta posición hasta el punto que el delito de peculado no aparece regulado en los delitos contra la administración pública, sino en el rubro de los delitos contra el patrimonio.

[62] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 327.

[63] Incluso esta posición ha sido reproducida en la ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003. En efecto, allí se afirma que “en el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad”. Exp. N° 3630-2001-Ucayali (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 207).

facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad”^[64].

Abanto Vásquez^[65] sostiene que con el contenido del artículo 387° del Código Penal se pretende proteger el patrimonio del Estado, buscando su correcta gestión y utilización por parte de la administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad por tres motivos: Primero, el patrimonio del Estado se protege contra su lesión así como contra el peligro de que la lesión pueda ocurrir (malversación) así como se exige un deber de cuidado especial en el agente público. Segundo, el legislador peruano ha previsto como agravantes del peculado la importancia de la finalidad de los bienes objeto del delito: fines asistenciales o programas de apoyo social. Es decir, cuando el patrimonio del Estado está destinado a fines de asistencia y a programas de apoyo social, el peculado es agravado. Y tercero, en el artículo 80° del Código Penal se afirma que en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica.

La posición asumida por Abanto Vásquez no es de recibo para la interpretación del tipo penal 387° del Código Penal. La redacción y ubicación del tipo penal en el catálogo de delitos de nuestra patria descarta la simple posibilidad de argumentar que el interés jurídico específico del delito de peculado lo constituya el patrimonio del Estado. Caso contrario, también tendríamos que argumentar que en los delitos de concusión o colusión por ejemplo, también se pretende proteger el patrimonio del Estado. La regla del artículo 80° del Código Penal es de aplicación a todos los delitos incluido el peculado en los cuales se haya afectado o lesionado el patrimonio del Estado, sin importar qué bien jurídico principal se lesionó con el hecho punible.

^[64] Numeral 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2005 cuyo texto completo se reproduce al final del tema de peculado, pues pese a la vigencia de la Ley N° 29758, considero que el Acuerdo Plenario sigue teniendo plena vigencia, pues la estructura del tipo penal no ha variado, solo se ha introducido una agravante más. También la ejecutoria suprema del 29 de enero de 2009; R. N. N° 1601-2006-Huaura.

^[65] ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 334.

Consideramos más bien que el delito de peculado es un delito pluriofensivo^[66], toda vez que aparte de proteger el recto funcionamiento de la administración pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan como es el de percibir, administrar y custodiar el patrimonio del Estado. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo. Ello es así hasta el punto que si el patrimonio estatal se lesiona sin que se haya infringido los deberes de lealtad y probidad del funcionario o servidor en la percepción, administración o custodia de los efectos o caudales del Estado, el delito de peculado no se configura.

La Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 2000 sustenta nuestra posición, pues allí se argumenta en forma resumida que "el delito de peculado no se encuentra comprendido dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la administración pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados"^[67].

3.10. SUJETO ACTIVO-AUTORÍA

De la lectura del tipo penal 387° del Código Penal se concluye que no estamos ante un delito especial, como señala la doctrina, sino que se trata de un delito especialísimo. O mejor, ante un delito especialísimo de infracción de deber. Aquí, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del Estado objeto del delito.

^[66] Pero no en el sentido general que asume Rojas Vargas, sino en un sentido particular que tiene en cuenta que no todos los funcionarios o servidores públicos pueden cometer el delito de peculado, sino solo aquellos que tienen el deber funcional de percibir, administrar o custodiar el patrimonio del Estado.

^[67] Exp. N° 1132-98-Lima (Normas Legales, T. 292, Trujillo, 2000, p. A-40).

Es lugar común en la doctrina considerar que tanto en el peculado doloso como culposo solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro^[68]. El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente en razón del cargo que desempeña. No basta que el funcionario disponga de los bienes públicos que coyuntural u ocasionalmente le encomendaron^[69].

La Corte Suprema tiene claro este aspecto. Prueba de ello es la atinada Ejecutoria Suprema del 18 de julio de 2011 que declaró no haber nulidad de la sentencia condenatoria del expresidente Fujimori por el delito de peculado doloso por apropiación. Allí, ante el argumento de la defensa que a su patrocinado no le correspondía el título de autor del delito de peculado, se consideró que “el vínculo con los fondos públicos apropiados se desprende claramente de la disponibilidad jurídica que sobre los mismos ejerció el procesado Fujimori como administrador de la Hacienda Pública, evidenciado a través del instrumento legal –Decreto de Urgencia– que se empleó para concretar la desviación de los mismos, cuya dación constituye una prerrogativa exclusiva a su cargo como Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 118° de la Constitución Política de la Nación; y aun cuando con el mismo se haya autorizado el pliego del Ministerio de Defensa a utilizar dichos fondos públicos para un fin estatal falso, que de antemano había sido concertado con sus ministros como el

[68] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, Lima, 1996, p. 188; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 327; Igual, AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 216.

[69] Con propiedad señala Abanto Vásquez: no se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia; el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 336).

medio para conseguir la desviación privada de los caudales públicos que fueron a parar a manos de Montesinos” [70].

Por otro lado, el particular o *extraneus*, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a normas internas, así como el funcionario o servidor público que no tenga vínculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del delito de peculado, sino serán autores de otro delito común o en su caso, partícipes del delito de peculado cometido por un funcionario o servidor público que sí tiene relación funcional con el objeto del delito. No debemos soslayar que siguiendo la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin, solo pueden ser autores aquellos que infringen el deber funcional; los demás que participan con él, solo pueden ser partícipes del delito de peculado.

La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario o servidor público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento, directivas o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Usualmente pueden ser sujetos activos el ordenador del gasto, el custodio de caudales, el administrador de bienes públicos, el titular del pliego, etc.

Es obvio que no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de peculado, sino también, de acuerdo con el artículo 425° inciso 3 del Código Penal, pueden ser los particulares que han sido contratados para ejercer la función

[70] R.N. A.V. 23-2001-09- Lima. Los hechos objeto de acusación de aquel público proceso penal en resumen son los siguientes: el acusado y tres ministros de Estado idearon y ejecutaron acciones con el fin de disponer y apropiarse de dinero del Estado por la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, a cuenta del monto autorizado en el Decreto de Urgencia N° 081-2000. El pretexto de ese apoderamiento fue el pago de una supuesta compensación de tiempo de servicios a la nación al ex asesor del SIN, Montesinos Torres, quien en esos momentos planeaba su fuga del país. El dinero en cuestión fue recibido por el beneficiario y, luego, entregado a terceros para ser depositado en la banca extranjera. La prensa lo etiquetó como el caso de los quince millones de dólares.

específica de percibir, custodiar o administrar fondos públicos^[71]. Esta es la interpretación que se hace en la ejecutoria suprema del 4 de junio de 1999. Allí se sostiene que “el delito de peculado constituye un delito especial que exige una calificación específica al sujeto activo, que es la de ser funcionario o servidor público, siendo esta exigencia un aspecto de tipo objetivo, que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica”. Si bien la carta política, en el segundo párrafo del artículo 40°, indica que “no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta”, este dispositivo en ningún momento deroga el artículo 425° del Código Penal, pues esto se corrobora incluso con la Ley N° 26713, expedida por el Congreso de la República el 27 de diciembre de 1996, cuando preceptúa, modificando el inciso 3 del artículo 425° del Código acotado, que “es funcionario público todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”^[72].

Es acertado afirmar que para efectos de interpretar el delito de peculado no sirve la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción^[73]. En efecto, allí se prevé que para la Convención se entiende “por funcionario público o servidor público a todo funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados,

[71] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 329 y ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 338.

[72] Exp. N° 5210-98-Lima (*Revista peruana de jurisprudencia*, Normas Legales, Trujillo, 1999, Año I, N° 2, p. 384); en parecido sentido ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho penal. Doctrina y jurisprudencia*, Jurista, Lima, 2004, p. 249.

[73] El Perú, con fecha 29 de marzo de 1995, suscribió la Convención, la aprobó por Resolución Legislativa N° 26757 del 5 de marzo de 1997 y fue ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE del 21 de marzo de 1997, por lo que forma parte del derecho interno en aplicación del artículo 55° de la Constitución Política vigente. Parecida definición, pero más amplia, tiene el artículo 2° de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos". Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un cargo público, así aún no haya juramentado y asumido realmente funciones. Este concepto no sirve para la configuración del delito de peculado, que por su propia naturaleza exige la concurrencia de una relación funcional real o jurídica entre el agente y el objeto del delito. Pero sí sirve, por ejemplo, para interpretar y calificar los delitos de corrupción de funcionarios que luego analizaremos.

3.10.1. Participación

En cuanto a la participación en el delito de peculado de particulares o funcionarios y servidores que no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, se presentan hipótesis interesantes. No obstante, aplicando primero la teoría de los delitos de infracción de deber, luego los principios de unidad del título de imputación y el de accesoriedad de la participación, se llega a las siguientes conclusiones^[74]:

- Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores o coautores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto.
- Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado.
- Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.

^[74] Al respecto véase con amplitud ROJAS VARGAS, *Delito contra la administración pública*, cit., p. 348.

- Los particulares (*extraneus*) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de peculado cometido^[75].

Esta es la línea jurisprudencial mayoritaria. Como ejemplo cabe citar la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003. Aquí se argumenta que “la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26° del Código Penal”^[76]. De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, deja establecido en forma pedagógica que “en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado”^[77].

[75] “Los *extraneus* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho” (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 360).

[76] Exp. N° 3203-2002-Lima (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 231).

[77] R.N. N° 1813-2003-Lima.

En el mismo sentido se pronuncia el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostiene que "el tipo penal previsto en el artículo 387° del código sustantivo es un delito especial que exige como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitado (no está abierta a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos desde adentro, es decir, por los *intraneus*. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado. Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la 'accesoriedad de la participación', es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas '*extraneus*' que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquel determina a otro obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, habiéndose establecido en la doctrina al respecto que en los delitos especiales [...] (sic) en tanto que no se describe, o no solo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un status del autor, las expectativas de comportamiento conforme a derecho se determinan también a través del titular del deber. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder 'en segundo término' y por tanto solo limitadamente"^[78].

^[78] R.N. N° 375-2004-Ucayali (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia* Pe-680

- Los otros, a los que hace referencia el tipo penal 387° con la frase “para otro”, no son autores ni coautores del delito de peculado, pues ellos no consuman o perfeccionan el delito, pudiendo ser, en cambio, inductores, receptadores de los bienes o lavadores de dinero sucio.

3.11. SUJETO PASIVO

Solo es el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la administración pública en sus diversas manifestaciones: “No puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este”^[79]. No obstante es necesario dejar establecido que si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye en agraviado y no el Estado. En efecto, así lo prevé en forma atinada y pedagógica la ejecutoria suprema del 18 de agosto de 2005, al argumentar: “En el delito de peculado objeto de juzgamiento se han considerado agraviados tanto al Estado como al Proyecto Especial Plan de Copesco, entidad integrante del Gobierno Regional del Cusco; que, empero, en este delito el sujeto pasivo es la concreta institución pública cuyo patrimonio se afecte, y en tanto el gobierno regional es un órgano de derecho constitucional y el Plan Copesco es una entidad del citado gobierno regional, solo este es el agraviado y, en consecuencia, el Estado no puede concurrir en su afectación”^[80].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente

nales, N° 6, Grijley, Lima, 2005, p. 545). En el mismo sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R.N. N° 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica, p. 548.

[79] Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1885-92-B-Ancash (ROJAS PELLA, *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, cit., p. 238).

[80] R.N. N° 106-2005-Cusco (SAN MARTÍN CASTRO, cit., p. 625).

los bienes públicos confiados a su cargo. No obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente se los apropia o utiliza en perjuicio de la administración pública.

Abanto Vásquez^[81], en forma atinada enseña que el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes. Este último aspecto nos orienta a sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo, no siendo posible su comisión por dolo eventual como sostiene Rojas Vargas^[82].

Según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de apropiarse para sí o para otro, o utilizar en beneficio propio o de otro los caudales o efectos del Estado. Ocasionando tal proceder un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito. En esa línea del razonamiento, no es descabellado alegar que en el delito de peculado el agente actúa con ánimo de lucro. Le guía la intención o el móvil de engrosar su patrimonio o el de otro con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco, con los caudales o efectos que el Estado le ha confiado en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública^[83].

En suma, para configurarse el delito de peculado, aparte del dolo en el agente, es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo como es el ánimo de lucro. Si este no se verifica en la conducta del agente, el delito de peculado se descarta. Por ejemplo, no se configura el delito de peculado cuando el agente se apodera de parte del dinero que administra para hacerse pago de su remuneración que la administración le adeuda.

[81] 2003, p. 356; AMORETTI PACHAS, *Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, cit., p. 226.

[82] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 343.

[83] Respecto de este punto, Rojas Vargas alega sin fundamentar su posición que el tipo penal no exige el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento (loc. cit.); en tanto que Abanto Vásquez acepta la existencia de un ánimo de lucro implícito (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 358).

En el mismo sentido argumentó la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash del 7 de abril de 1998. Allí se consideró que “no constituye delito de peculado la conducta del inculcado, quien en su calidad de Director de un centro educativo y con conocimiento de la asociación de padres de familia, realizó un préstamo de calaminas donadas al colegio a un grupo de padres de familia para guarecerse de las lluvias, quienes las devolvieron posteriormente, en tanto no existe apropiación ni utilización de los bienes ni un móvil de lucro”^[84].

5. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20° del Código Penal.

Aquí es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público^[85].

Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones prevista en el inciso 9 del artículo 20° del Código Penal. En efecto, la ejecutoria suprema del 11 de enero de 2002 presenta un hecho real en el cual prevaleció la referida causa de justificación. Allí se argumenta que “de la revisión de autos, se tiene que el recurrente, al momento de los hechos, ostentaba el cargo de jefe de la Unidad de Tesorería de la Dirección Regional Agraria del Ministerio de Agricultura y era el encargado de llevar la contabilidad de dicha dependencia pública, y desembolsó la suma de 5000 nuevos soles, proceder que fue en cumplimiento al pedido expreso del direc-

[84] Exp. N° 576-97 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 4, 2000, p. 440).

[85] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 352; igual ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 364.

tor de la Región Agraria, siendo así es evidente que el tesorero lo que hizo fue solo cumplir una orden de su superior previa aprobación del director de la oficina de administración”^[86].

6. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de peculado no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. No es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición.

Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de apropiarse o utilizar en su propio beneficio o de otro, de caudales o efectos del Estado. Es posible que el agente obre por miedo insuperable por ejemplo.

7. CONSUMACIÓN

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. En la segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto^[87]. Desde el

^[86] Exp. N° 3713-2001-Cusco (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 219).

^[87] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 343; por su parte, Abanto Vásquez erróneamente enseña que la modalidad de sustracción no se consuma con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio (ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 359).

momento que se produce la apropiación o el inicio de la utilización de los bienes públicos en propio beneficio del agente o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito.

Cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto, el tercero llega a recibir el bien público, ya estaremos en la fase de agotamiento del delito.

Aquí resulta interesante citar el razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional al resolver el hábeas corpus interpuesto por Luis Bedoya de Vivanco, quien alegaba que no podía ser sancionado como cómplice del delito de peculado cometido por Montesinos, debido a que la recepción de fondos públicos por su parte fue posterior a la consumación del delito. El Tribunal Constitucional sentenció que “la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado”^[88].

Por otro lado, aun cuando ello es obvio, la devolución de los caudales o efectos apropiados, es irrelevante para efectos de la consumación. En similares términos, se ha pronunciado el supremo tribunal en la ejecutoria suprema del 4 de junio de 2002^[89]. En efecto, allí se estableció que “la devolución del dinero no enerva la presunta comisión del delito de peculado por apropiación que ya se ha consumado con la entrega del dinero...”.

Aquí nos parece importante dejar establecido que tampoco la devolución de los caudales o efectos apropiados pueden servir como circunstancia de exclusión de necesidad de pena. Tal supuesto no está previsto en la legislación nacional ni puede asumirse en delitos de tanta gravedad como lo constituye el delito de peculado. Así lo ha dejado establecido la Corte

^[88] Exp. N° 2758-204-HC/TC-Lima. El TC declaró por mayoría infundado el hábeas corpus planteado.

^[89] Exp. N° 1402-2001-Tumbes.

Suprema en la ejecutoria del 18 de julio de 2011. Allí, ante el agravio del abogado defensor en el sentido que la devolución del dinero apropiado por el sentenciado debe ser tenido como circunstancia de exclusión de necesidad de pena, aun cuando se considera materialmente consumado el delito, el supremo tribunal expresó que “el Tribunal no se equivoca, como estima la defensa, al sostener que conforme a la legislación penal vigente, la reparación posterior al daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad;...si bien la legislación prevé efecto exoneratorio a la restitución post consumativa para determinadas figuras penales, no lo contempla para el delito de peculado”^[90].

8. TENTATIVA

Al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.

Rojas Vargas^[91] enseña que las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumar el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión.

9. AGRAVANTE DEL PECULADO DOLOSO POR EL VALOR DEL OBJETO DEL DELITO

La Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011 introdujo al tipo penal en hermenéutica jurídica la agravante que se configura cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el agente público sobrepase diez unidades impositivas tributarias^[92]. Esto es, aparece la agravante

^[90] R.N. N° A.V. 23-2001-09- Sala Penal Transitoria- Caso de los quince millones de dólares.

^[91] ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 344.

^[92] El Decreto Supremo N° 311-2009-EF estableció el UIT para el daño 2010 en 3,600 nuevos soles.

cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos cuyo valor supera, ahora, los 36,000 soles. El fundamento de la agravante radica en el mayor perjuicio que puede producirse al agraviado. El principio de lesividad justifica que a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos que violentando sus deberes funcionales comenten este tipo de conductas ilícitas. De verificarse esta agravante, el agente será sancionado con una pena que oscila entre no menor de 8 ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad ambulatoria.

La agravante, sin duda, está destinada en forma prioritaria a aquellos funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales.

10. AGRAVANTE DEL PECULADO DOLOSO POR LA FINALIDAD DEL OBJETO DEL DELITO

El artículo 387° del CP prevé también que el peculado será agravado y, por tanto, el autor será merecedor de mayor pena cuando se apropie o utilice bienes públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. Aquí, el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

Fines asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. La expresión programas de apoyo social hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos^[93].

Aparece la agravante, por ejemplo, cuando el funcionario se apropia de alimentos destinados a poblaciones de escasos recursos o de bienes que deben ser repartidos a poblaciones que han sufrido catástrofes

^[93] *Ibíd.*, p. 350.

naturales, o cuando se apropian o utilizan en beneficio personal de bienes destinados al programa del vaso de leche. Un caso típico de peculado agravado da cuenta la ejecutoria suprema del 18 de junio de 2001. Allí se considera que “la conducta del procesado constituye delito de peculado agravado, por cuanto el agente se ha apropiado de los fondos destinados a apoyo social que se había asignado para la construcción de aulas en el centro educativo, encuadrándose dicha conducta en la forma agravada del delito de peculado, por tratarse de caudales destinados a programas de apoyo social”^[94].

A efectos de la agravante, los programas con “fines asistenciales” o programas de “apoyo social” tienen que ser específicos. No deben entenderse en sentido general. Así lo deja establecido la Suprema Corte en la ejecutoria del 19 de mayo de 2004. Aquí, se argumenta que “es de sostener que por bienes destinados a fines asistenciales cabe reputar a los que emergen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada –entre otras, en el área de salud– ya sea mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional”^[95].

En suma, “el delito de peculado doloso agravado requiere: a) que los procesados hayan actuado en su calidad de funcionarios o servidores públicos; b) que la custodia o la administración de lo apropiado o utilizado, se les haya confiado en razón de sus cargos; c) que los caudales o efectos objeto de la acción hubiesen estado destinados a programas de apoyo social; d) que se produzca apropiación o utilización para sí o para otros de los caudales o efectos públicos. El destino, en el presente caso se ha acreditado al demostrarse que la fuente directa de financiamiento estuvo a cargo del Instituto Nacional de Desarrollo, quien a través del Programa de Emergencia e Inversión Social, como

^[94] R.N. Nº 2104-2001-Cajamarca (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 359).

^[95] R.N. Nº 2664-2003-Arequipa (SAN MARTÍN CASTRO, cit., p. 599; también en, ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 296).

unidad operativa asignó los recursos económicos para la ejecución de la obra”^[96].

11. PECULADO CULPOSO

El peculado también puede ser cometido por culpa o negligencia de parte del agente, siempre funcionario o servidor público con relación funcional sobre los efectos y caudales del Estado o entidad estatal. En efecto, en el tercer párrafo del artículo 387° del Código Penal se prevé que se configura el delito de peculado culposo cuando el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de bienes públicos. Incluso también se prevé como peculado culposo agravado cuando los bienes públicos objeto de sustracción por parte de tercero, tuvieran como destino fines asistenciales o programas de apoyo social.

El peculado culposo hace alusión directa a la sustracción efectuada por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público en su función de vigilar y resguardar los bienes del Estado. No hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización.

Es preciso determinar que la figura del peculado culposo “no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente”.

^[96] ARMAZA GALDOS- ZAVALA TOYA. "La decisión judicial", EN: Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 84. (Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 9 de junio de 1998. Exp. N° 219-98).

Asimismo, en el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

- a) La sustracción. Entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
- b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público”^[97].

El derecho vivo y actuante se ha pronunciado en múltiples casos de peculado culposo. Aquí con fines pedagógicos solo citaremos los siguientes precedentes jurisprudenciales:

- “Resulta imputable por delito de peculado culposo, el inculpa-do que actúa con negligencia en sus funciones, ya que al tener la calidad de tesorero obedece la orden del gerente general de una empresa del Estado, entregándole una suma de dinero de manera irregular, dinero que este se habría apropiado”^[98].

^[97] Jurisprudencia vinculante establecida en los numerales 8 y 9 del Acuerdo Plenario N° 04-2005 del 30 de septiembre de 2005. Justo es reconocerlo aquí, que los vocales supremos para construir el precedente vinculante han utilizado al parecer solo el libro de Rojas Vargas titulado Delitos contra la administración pública, lo cual no me parece mal, no obstante lo criticable es el hecho que en el Acuerdo Plenario en ningún momento se cita la fuente. Así mismo, en la ejecutoria vinculante del 6 de septiembre de 2007, R.N. N° 4500-2005-Junín, se volvió a reiterar estas líneas de interpretación.

^[98] Ejecutoria suprema del 15 de julio de 1999, Exp. N° 281-99 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia N° 4, Lima, 2000, p. 465).

- “Ha quedado debidamente acreditado el delito de peculado culposo, así como la responsabilidad penal de la encausada, por el mérito de su declaración instructiva, en donde refiere que el dinero hurtado por su coprocesado lo dejó en la gaveta de su escritorio y no en la caja fuerte de la institución, como respondía, y a la que estaba obligada en su conducción de tesorera; conducta negligente que facilitó la sustracción de dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores de la institución”^[99].
- “Los encausados admiten que el dinero fue retirado del banco y no obstante que las adquisiciones tenían que hacerse en la misma localidad, tal como señala el manual de procedimientos, lo deciden hacer en la ciudad de Lima y sin tomar las medidas de seguridad dada la cantidad considerable de dinero que se había retirado, dicha inobservancia del deber de cuidado dio lugar a que el tesorero del núcleo ejecutor fuera asaltado cuando pretendía hacer el depósito en otro banco”^[100].
- “Ha quedado suficientemente acreditado la responsabilidad penal de los encausados en el delito de peculado culposo, toda vez que en razón de sus cargos, no cumplieron con su función de velar por la integridad y permanencia de los bienes municipales materia del presente proceso, los mismos que debieron de administrar y custodiar, permitiendo con su actitud inerte en tomar las acciones correspondientes que desaparezcan inexplicablemente”^[101].
- “El delito de peculado culposo resulta imputable al sujeto que actúa con negligencia en sus funciones, es decir, cuando no toma las precauciones debidas para evitar sustracciones de bienes que

^[99] Ejecutoria suprema del 10 de julio de 2002, Exp. N° 3278-2001-Apurímac (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 364).

^[100] Ejecutoria suprema del 16 de octubre de 2002, Exp. N° 4168-2001-La Libertad (Ibidem, p. 375).

^[101] Ejecutoria suprema del 2 de julio de 2002, R.N. N° 3056-2001-Puno (URQUIZO OLAECHEA, José, et al., *Jurisprudencia penal*, Lima, 2005, p. 660).

son de propiedad pública; que si bien es cierto, de la revisión de los autos la materialidad del delito se encuentra acreditada, sin embargo, se ha demostrado que los encausados no tenían la obligación de custodiar los bienes sustraídos, ya que existía un personal de vigilancia contratado o través de un *service* o locadora de servicios por el Ministerio de Agricultura”^[102].

- “La responsabilidad penal del acusado Ramos Zapata por el delito de peculado culposo ha quedado acreditada, toda vez que como Jefe de la Oficina de Administración no actuó diligentemente para evitar que un tercero se beneficie con los fondos de la entidad agraviada, puesto que autorizó que el acusado De la Cruz Hernández cobre los cheques, sin prever los mecanismos de control adecuados para garantizar la seguridad de los mismos, lo que facilitó para que el antes mencionado se apropie del fondo”^[103].

^[102] Ejecutoria suprema del 3 de diciembre de 2004, Exp. N° 382-04-Junín (Jurisprudencia Penal II, Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 230).

^[103] Ejecutoria suprema del 11 de junio de 2008, R.N. N° 4952-2007-Huancavelica-Sala Penal Permanente.

**LA NO DEVOLUCIÓN DE VIÁTICOS:
¿DELITO DE PECULADO O LA CONFIGURACIÓN
DE UN DELITO CONTRA EL PATRIMONIO?
DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER VS.
DELITOS DE DOMINIO; EN BÚSQUEDA DE
UN CRITERIO MATERIAL**

Alonso R. Peña Cabrera Freyre ()*

(*) Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UNMSM, Docente de la AMAG, Fiscal Adjunto Superior adscrito en la Primera Fiscalía Suprema Penal. Magíster en Ciencias Penales por la UNMSM. Título en Post-grado en Derecho procesal penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España).

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La Administración Pública comporta todo un entramado institucional, comprendiendo en su seno, un número significativo de estamentos, los cuales en consuno, han de encaminar su actuación *funcionarial* a la prestación de servicios públicos en beneficio exclusivo de la población. Dicha prestación pública es ejecutada y/o desarrollada por quienes se encuentran investidos de la cualidad de funcionarios y/o servidores públicos. En dicho proceder funcional ha de advertirse que, para poder cumplir sus fines más esenciales, los diversos compartimentos de la Administración necesitan desplazar a sus funcionarios y/o servidores a ámbitos territoriales ajenos a su circunscripción territorial, tomando lugar los denominados "viajes por comisión de servicios", esto es, se autoriza el traslado de dichos empleados públicos a un determinado lugar (fuera o dentro del país), para realizar tareas circunscritas a su esfera de organización funcional.

El desplazamiento de dichos funcionarios públicos ha de irrogar ciertos gastos que, lógicamente, no pueden ser asumidos por el sujeto público, en la medida que éste va a efectuar labores propias del cargo, como expresión de las actividades cotidianas de la Administración. Es de verse así que dicho traslado implicará cubrir gastos de estadía, de hospedaje, alimentación y transporte, que han de ser cubiertos por la institución competente, de acuerdo al presupuesto asignado para tal rubro por la legislación positiva. Por consiguiente, al funcionario y/o servidor público que se le autoriza (mediante resolución autoritativa) a

desplazarse a determinada ciudad del país o al extranjero, se le asigna una determinada cantidad dineraria por concepto de "viáticos", es decir, un determinado monto destinado a cubrir los gastos por alimentación, hospedaje y transporte –fundamentalmente–, de suerte que se produce una traslación del capital de la esfera de la Administración a la esfera personal del funcionario público.

Conforme lo anotado, queda claro, que dicho patrimonio ("dinero") es propiedad del Estado, que una vez ingresado al ámbito personal del sujeto público su disponibilidad se sujeta exclusivamente a los rubros antes anotados; situación que origina la obligación por parte de aquel de efectuar una "Rendición Documentada de Cuentas por Comisión de Servicios", merced a la cual debe sustentar –con el acervo documental correspondiente– los gastos realizados, sea con facturas o boletas (comprobantes de pago). Dicha exigencia da a entender que el saldo restante, el dinero que no llegó a gastar, deba ser devuelto a las arcas de la Administración, tomando en cuenta el porcentaje que se deja por concepto de "declaración jurada". Se infiere, por tanto, que el patrimonio entregado al funcionario y/o servidor público por concepto de "viáticos" no es de libre disponibilidad, sino no se comprendería porque el sujeto público deba sustentar los gastos realizados así como devolver el dinero que no fue gastado. A tal efecto, la Administración puede controlar y/o verificar la autenticidad y veracidad de la documentación adjuntada por el funcionario, cuya contravención a dichos principios, puede generar responsabilidad así como la no devolución de dicho patrimonio en su debida oportunidad. No en vano advertimos una frondosa normativa que las diversas áreas de la Administración han sancionado para regular lo concerniente a la rendición de cuentas por comisión de servicios.

Es de destacar que en algunos ámbitos de la Administración están acostumbrándose –sobre todo en locaciones de servicios– a fijar que los viáticos están ya comprendidos en la remuneración, por lo que el locador ya no está en la obligación de sustentar dichos gastos, lo cual facilita las cosas, evitando la excesiva burocratización y actuación innecesaria de los órganos estatales competentes. Esta modalidad no puede darse en todos los casos debido a la forma y circunstancias de cómo se produce el viaje por "comisión de servicios".

Según la línea argumental esbozada, lo que se debe fijar con toda rigurosidad teórica-explicativa es, ¿qué clase de responsabilidad funcional se origina, penal o administrativa? Y si es penal, ¿cuál es el delito en el cual estaría incurso el funcionario público? Lo dicho es una labor de especial importancia por parte de la dogmática jurídico-penal, en el entendido que estos supuestos fácticos son objeto de procesamiento por parte de la administración de justicia, apreciándose una cantidad considerable de casos los que han sido calificados -prioritariamente- como delito de "peculado", conforme los términos normativos del artículo 387º del Código Penal, en su modalidad típica de "apropiación". Esta situación amerita una concienzuda reflexión, pues es sabido que la represión penal por dicho injusto *funcionarial* adquiere contornos punitivos muy severos. Por tales motivos la respuesta que haya de elaborarse, ha de partir de un examen muy riguroso de sus presupuestos de configuración típica, donde no resulta suficiente dato a saber que el agente tiene la cualidad de funcionario y/o servidor público, en el sentido de que aquél también tiene la posibilidad de lesionar bienes jurídicos convencionales, como el patrimonio estatal, incurriendo en delitos de estafa, hurto, etc. Se debe indicar que el plus de disvalor que fundamenta la materialidad sustantiva del delito de peculado se construye a partir de "competencias institucionales", de particulares esferas de organización jurídico-institucionales, pues solo aquellos que se encuentran revestidos de dichos poderes públicos pueden vincularse funcionalmente con el objeto material del delito y así perpetrar la conducta típica contemplada en dicho tipo penal. El disvalor, por ende, no se basa únicamente en la *infracción del deber*, como algunos sostienen erróneamente, éste es el primer peldaño a verificar, para dar por configurado un delito de esta naturaleza, de no ser así, todas las infracciones a los deberes funcionales, como llegar tarde al centro de labores, sería constitutivo de un delito funcional. Se debe cumplir con el principio del *nullum crimen sine lege praevia*, de ajustar correctamente el relato fáctico atribuido al agente a todos los componentes descritos en la redacción normativa de la figura delictiva en particular, bastando que falte alguno de ellos para que se proceda a negar la tipicidad penal del comportamiento.

Apreciamos posiciones que manifiestan forzamiento de la cobertura normativa de las figuras delictivas, respaldadas por una orientación

marcada por una descarga penal más intensa, de apelar a los efectos preventivo generales de la pena, lo cual no somos partidarios, puesto que el proceso de adecuación típica ha de sujetarse a la teleología que guía el ámbito de protección de la norma. No toda conducta que suponga la apropiación de efectos y/o caudales por parte de un funcionario y/o servidor público, que ha ingresado a su esfera de custodia —merced al cargo desempeñado—, ha de merecer ser reputado como peculado, en tanto debe verificarse si el sujeto público, ostentaba en realidad la cualidad de “perceptor, administrador y/o custodio”. Dicha vinculación precisamente construye la relación funcional entre el agente y el objeto material del delito, lo que genera la vulneración de los deberes de custodia, conservación y protección de dichos bienes, siempre que se verifique que el agente ha quebrantado los principios de legalidad, en cuanto al destino que dichos bienes han de cumplir en el entramado institucional de la Administración.

El Derecho penal debe responder siempre de forma proporcional y ponderada, tomando en cuenta los factores que gradúan la magnitud de la reacción punitiva, y no como mecanismo dirigido a reforzar especiales vinculaciones de poder, de la Administración sobre los sujetos públicos; si así lo concebimos, convertimos al *ius puniendi* estatal en un instrumento destinado a la opresión y no a garantizar las libertades fundamentales de los ciudadanos.

De recibo, en estas conductas se observa un disvalor, que se proyecta más allá de una mera desobediencia administrativa, al producirse un acto típico de “apropiación” de un dinero que el funcionario estaba en la obligación de devolver. Empero, vemos que la forma de cómo se procede a materializar dicha conducción humana no resulta similar a aquella apropiación que toma lugar de forma cotidiana por quienes se aprovechan de las ventajas del cargo para hacerse de un dinero de forma ilícita, como el cajero de una entidad municipal que no ingresa todo lo recaudado a las arcas estatales, llevándose una cantidad en provecho personal. En consecuencia, rechazamos aquella posición que pretenda darle una valoración jurídico-administrativa así como las posturas que no observan ningún tipo de responsabilidad.

Siendo así, pasaremos a analizar los presupuestos de configuración típica del delito de peculado, así como su confrontación con

—— La no devolución de viáticos: ¿Delito de peculado o la configuración...? ——

otras figuras penales emparentadas. No obstante, de forma primera esbozaremos unos conceptos elementales.

2. DEFINICIONES ELEMENTALES

Proponer definiciones conceptuales de los términos empleados en el presente análisis resulta fundamental para el examen jurídico-penal, orientado a determinar si es que la “no devolución de los viáticos” por “comisión de servicios”, puede ser reputada como una conducta constitutiva del delito de peculado.

Es conocido por todos, que los “viáticos” comprende una serie de conceptos que el funcionario y/o servidor público recibe por parte de la Administración para cubrir sus necesidades más elementales, cuando es comisionado para trasladarse a un lugar fuera de su circunscripción territorial laboral. Se dice así que por *viático* debe entenderse aquella suma destinada a la atención de gastos de hospedaje, alimentación y otros gastos menores, efectivamente realizados que los entes públicos reconocen a sus servidores cuando estos deban desplazarse en forma transitoria de su centro de trabajo con el fin de cumplir con las obligaciones de su cargo^[1].

Se postula en la doctrina nacional que la naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada al ámbito de su competencia personal a efectos de usarlo para los fines asignados^[2].

Dos aspectos deben mencionarse con respecto a los viáticos: *primero*, que ello comprende gastos por alimentación, hospedaje y transporte y, *segundo*, que no forma parte de la remuneración que el servidor recibe

[1] DEL RÍO GONZÁLES, O. *Viáticos, comisión de servicio, rendición de cuentas y declaración jurada: generadores del gasto fiscal no remunerativo, en el portal del Colegio de licenciados en Administración*. Ver: <www.cladperu.com.pe/web/archivos/produccion_intelectual/viaticos.pdf>

[2] BARRIOS ALVARADO, E. *El "delito de Peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público"*. EN: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 15, setiembre de 2010, p. 174.

de forma periódica por parte del Estado, por ende, no es pensionable, al no ser un monto que el funcionario perciba de forma permanente^[3]. Este último factor incide a negar de plano que la no devolución de viáticos pueda ser calificado como un delito de estafa, por la sencilla razón de que el desplazamiento del dinero a la esfera personal del sujeto público no se produce como consecuencia de engaño, fraude y ardid alguno^[4]. Como se dirá más adelante, el disvalor aparece de forma ulterior.

En la Directiva N° 02-2009-OSCE/PRE, en el rubro V, Definiciones, se indica lo siguiente:

“Comisión de servicios.- Se entiende por comisión de servicios al desplazamiento debidamente autorizado que realiza el personal del OSCE, practicantes, personas contratadas bajo la modalidad de locación de servicios, consultores externos, personal contratado, bajo la modalidad del Contrato de Administración de Servicios y personal calificado, que no siendo funcionario o servidor público tenga que desarrollar actividades que contribuyen al logro de los objetivos institucionales, dentro o fuera del territorio nacional.

Viáticos.- Es la asignación de dinero que se otorga al comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de: alimentación, hospedaje, movilidad (hacia y desde el lugar de embarque), así como la movilidad utilizada para el desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión de servicios.

Rendición de cuentas.- Se considerará rendición de cuentas a la presentación de gastos debidamente documentada que el comisionado realiza al término de la comisión”.

^[3] El Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, en su artículo 19°, establece que todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor, o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

^[4] Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, Idemsa, Lima, 2008, pp. 338-341.

Por su parte, el artículo 83° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, establece que: “La comisión de servicios es el desplazamiento temporal del servidor fuera de la sede habitual de trabajo, dispuesta por la autoridad competente, para realizar funciones según el nivel de carrera, grupo ocupacional y especialidad alcanzados y que estén directamente relacionadas con los objetivos institucionales. No excederá, en ningún caso, el máximo de treinta (30) días calendario por vez”.

De la normativa invocada se colige que la “comisión de servicios” debe estar autorizada por la autoridad competente de la Administración, debiéndose justificar en razones propias del cargo, es decir, para el cumplimiento de los objetivos institucionales. Es a tal efecto que dicha decisión debe plasmarse en una resolución administrativa, en cuyos considerandos se prevé la asignación de viáticos al trabajador comisionado. Luego de efectuado el viaje, el funcionario está en la obligación de rendir las cuentas respectivas, hasta un porcentaje determinado, con la debida sustentación documentaria y el otro porcentaje restante mediante Declaración Jurada^[5]. El uso y/o empleo de documentación falsificada, mediando la elaboración de boletas y/o facturas emitidas por proveedores inexistentes, da lugar al delito de falsedad material –artículo 427° del CP–, que ingresará en concurso delictivo con el delito “fin”.

Lo dicho es importante, pues si bien se presume la veracidad de los datos consignados por el trabajador en la declaración jurada, ello no enerva la facultad que tiene la Administración para proceder a un control posterior y así contrastar la veracidad de la información recabada. De esta forma se puede detectar fraudes, lo que a la postre puede generar responsabilidad funcional al servidor involucrado.

Punto importante para nuestro estudio es invocar el artículo 63° de la Directiva Nacional de Tesorería para el año Fiscal 2004, reiterado en el 2005, 2006 y 2007, que establece que los viáticos no utilizados serán devueltos. Esta devolución se hará conjuntamente con

[5] El artículo 50° de la Ley de Gestión Presupuestaria señala que dicho concepto no debe exceder el monto que para el efecto fija la Directiva de Proceso presupuestario; el Ministerio Público se aplica lo dispuesto por el artículo 71° de la Directiva de Tesorería, Resolución Directoral N° 002-2007-EF/77.15.

la rendición de cuenta; en caso contrario, por escrito se formulará el requerimiento para su devolución^[6]. Dicha disposición administrativa gráfica de forma expresa, el "deber de devolución" que recae sobre el trabajador (funcionario), cuya omisión es lo que construye el disvalor del comportamiento antijurídico atribuible al servidor.

Son entonces las diversas normativas que rigen los diversos estatutos de la Administración las que regulan el deber de devolver los montos dinerarios por conceptos de viáticos -no empleados por el servidor-, en su viaje de comisión de servicios. Un punto importante a saber es que en la misma resolución que se autoriza a dicha comisión se consigna los viáticos a percibir por el funcionario, por lo que el fin de dicho patrimonio ya se encuentra consignado en la resolución autoritativa, lo que repercute en la relación funcionarial que se construye entre el sujeto público y el objeto material del delito.

3. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER VS. LOS DELITOS DE DOMINIO: LA BÚSQUEDA DE UN FUNDAMENTO MATERIAL EN LOS INJUSTOS FUNCIONARIALES

La dogmática se debate por un concepto adecuado, por una definición, que con suficiente rigurosidad dogmática y de política criminal, pueda fundamentar el disvalor de los delitos perpetrados por los funcionarios y/o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, aquellos que son perpetrados desde los fueros institucionales de la Administración Pública, por quienes se encuentran investidos de un cargo público, que fueran glosados normativamente por el legislador en el Título XVIII del CP de 1991, dando lugar a una tipificación específica y distinta a los delitos comunes.

La codificación punitiva identifica planos de actuación humana que pueden ser cometidos por cualquier individuo, es decir, cualquier persona -al ser portados de un ámbito de libre organización individual- está en condiciones de vulnerar los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal (v. gr., cualquiera puede eliminar la vida de su congénere,

^[6] DEL RÍO GONZÁLES, O. *Viáticos, comisión de servicios, rendición de cuentas*, cit., p. 5.

apropiarse de un bien ajeno, destruir la propiedad privada, engañar a otra persona para que le entregue un patrimonio, etc.). Para ello se necesita únicamente ser portador de una libre conducción humana, susceptible de dominar el evento típico delictivo. Sin embargo, la vida cotidiana no se agota con dichos comportamientos disvaliosos, pues la propia organización política y jurídica configura un ámbito específico de actuación del Estado, de naturaleza institucional, adquiriendo la estructura organizacional de toda una "Administración Pública", encargada de prestar servicios públicos a la población, a través de quienes la ley y la Constitución les confiere tales deberes, esto es, los llamados "funcionarios y/o servidores públicos". Por consiguiente, solo aquellos están en posibilidad de quebrantar los deberes públicos-institucionales que encauzan el correcto funcionamiento de la Administración, los que pueden desembocar en la comisión de los denominados "delitos funcionariales" ^[7].

Según lo anotado, aparece en el escenario dogmático, los llamados "delitos de infracción de un deber", de pluma del famoso penalista alemán Claus Roxin (*Pflichtdelikte*), proponiendo una bipartición con los clásicos delitos de dominio. Sobre este esquema conceptual, en los delitos de dominio, el criterio para determinar la autoría es precisamente el dominio del hecho, mientras que en los delitos de infracción de un deber es simplemente la infracción de un deber especial antepuestos en el plano lógico a la norma penal, es decir, que proviene de un ámbito

^[7] Conforme dicho reconocimiento social e institucional, es que elaboran los llamados "delitos especiales propios" de cuyo cuño el legislador define una cualidad especial que debe ostentar el autor, cuyo fundamento es su posición en determinadas instituciones, consagradas en la ley y en la Constitución; se cierra el círculo de autores, a quienes detentan una especial vinculación con la estructura normativa de dichas instituciones. Así, en la Berdugo Gómez de la Torre y otros, al escribir que los delitos especiales son aquellos en los que el tipo limita el círculo de posibles autores a determinados sujetos, al incorporar entre sus requisitos ciertas características en el autor, que concurren en un número limitado de personas (*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, La Ley, Madrid, 1999, p. 298). En opinión de V. Gómez Martín, aquellos delitos de los que solo puede ser autor aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidos por el tipo; "Es autor de un delito especial quien domina el hecho". *En: Dogmática actual de la autoría y participación criminal*, Coordinador: Nelson Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2007, p. 324.

extrapenal^{[8][9]}. El fundamento de la sanción –indica Muñoz Conde– radica en que alguien infringe las exigencias de comportamiento que se derivan del papel social que desempeña^[10]. La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor^[11]. Caracteriza a los delitos de infracción de deber que solo es autor de los mismos quien infringe un deber especial jurídico-público o jurídico-privado. En estos delitos el obligado sobresale entre los demás intervinientes por una especial relación con el contenido del injusto del hecho, quien es autor^[12].

Será por tanto la normativa administrativa y/o laboral la que defina la relevancia jurídico-penal de la conducta imputada al funcionario público, como núcleo del disvalor del comportamiento prohibido, sin tomar en consideración los elementos constitutivos del tipo penal que componen la descripción típica del injusto *funcionarial*. Este aspecto ha llevado a un sector importante de la doctrina a rechazar esta construcción conceptual por afectar el principio de legalidad, bajo el axioma del *nullum crimen sine lege praevia*. Así, un sector importante de la doctrina colombiana apunta que aceptar sin reservas la categoría de los delitos de infracción de deber podría significar echar por la borda los principios de legalidad, tipicidad y lesividad establecidos, el primero como derecho fundamental y los otros como normas rectoras^[13].

[8] Roxin, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 385.

[9] El mismo ROXIN postula que en los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente (...), cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida (*Política criminal y sistema de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 63).

[10] *En la Introducción al libro de Roxin, Política criminal y sistema de derecho penal*, cit., p. 19.

[11] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 29.

[12] SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría y participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 492.

[13] SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría y participación*, cit., p. 493.

Consecuencia importante de esta postura doctrinal es, como afirma Muñoz Conde, que mientras en los delitos de acción solo puede ser autor quien tenga el dominio del hecho, en los delitos consistentes en la infracción de un deber solo puede ser autor quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del hecho^[14]. Se advierte una desvinculación de la facticidad con la descripción típica de la conducta, en tanto solo interesa acreditar la vulneración de un deber extra-penal. Existe un consiguiente riesgo, de que las conductas típicamente “activas” se conviertan en comportamientos “omisivos”, sin de dejar de lado que en ciertos casos el tipo penal —ya de forma enunciativa—, exige ciertos deberes de protección, de salvaguarda y/o fomento del *intraneus*, sobre el objeto material del delito, cuya infracción —al generar un riesgo no permitido—, puede generar responsabilidad penal, cuando otro se aproveche de ello para proceder a la sustracción de un bien confiado a la esfera de custodia del servidor, dando lugar al peculado culposo^[15]. Es por ello que resulta indispensable fijar con toda precisión los ámbitos y/o esferas de organización institucional que recae sobre cada funcionario en particular.

García Caveró, en la doctrina nacional, sostiene que la categoría de los delitos de infracción de un deber ha sido calificada de una artificiosa, innecesaria y, en cierto modo, peligrosa construcción conceptual y sus criterios de solución en la autoría y participación se consideran inaceptables^[16]. De ahí que se diga que su construcción ha sido muy criticada y no puede afirmarse que se haya impuesto ni en Alemania ni en España^[17].

[14] En: ROXIN, C., *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, cit., p. 20. Vide al respecto GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en derecho penal*, B. de F, Buenos Aires, 2006, pp. 297-298.

[15] Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., pp. 377-381.

[16] GARCÍA CAVERO, P. *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro*, cit., p. 368-369. Al respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, señala que la distinción entre delito de dominio y de infracción de deber no es según Roxin, una delimitación lógico-conceptual, sino una clara cuestión teleológica: a saber, una cuestión de interpretación de los tipos penales concretos, (*Delito de Infracción de deber*, cit., p. 34).

[17] ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 226.

No basta –a nuestro entender–, que se identifique la contravención a un deber previsto en una disposición legal, por ejemplo el funcionario que no convoca de forma oportuna a una licitación pública, para la remodelación de una construcción^[18], sino que este desarrolle y/o ejecute la materialidad típica recogida en el tipo legal, en este caso la tipicidad descrita en el artículo 387º del CP. Como pone de relieve Robles Planas, la teoría de los delitos de infracción de un deber parte de una premisa altamente cuestionable: la de que existen ámbitos (instituciones) sociales donde el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado *estatus*^[19].

La “infracción del deber” puede constituir un primer peldaño a saber, para definir la relevancia jurídico-penal de la conducta, en los injustos *funcionariales*, pues al develar una categoría meramente formal, requiere de algo más, de un fundamento de orden material; así, cuando se postula en la doctrina española que tales deberes institucionales constituyen tan solo elementos adicionales (que pueden o no concurrir) junto a los otros títulos de imputación (organización de la propia esfera de libertad y solidaridad), pero en ningún caso tienen en peso suficiente para generar por sí solos la imputación por las consecuencias del propio comportamiento organizador, genuinamente penal^[20].

A la formulación doctrinal planteada por Roxin aparece la posición de Jakobs, quien también propone una división bipartida, bajo la nomenclatura de delitos de “competencia por organización” y delitos por “competencias institucionales”^[21], buscando una definición más material que formal. Por la primera, se advierten comportamientos que pueden ser cometidos por cualquier ciudadanos, en mérito a un ámbito

[18] Lo cual no supone –de ninguna forma–, la configuración típica de colusión ilegal, como no haber especificado de forma adecuada los criterios técnicos propuestos en la licitación pública.

[19] ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*, cit., p. 233.

[20] ROBLES PLANAS, R., cit., p. 237.

[21] Críticamente SCHÜNEMANN, acota que un concepto de esta clase es el de la competencia, que no aporta nada para explicar los presupuestos de la autoría. En efecto, si se declara autor a quien es competente por el hecho, se ha formulado una pura tautología (*El Dominio sobre el fundamento del resultado*. En: *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima, 2006, p. 284).

de libre configuración personal^[22] ^[23], mientras que en los segundos se aprecia un rol específico, sostenido sobre la plataforma de específicas vinculaciones de naturaleza institucional. En la responsabilidad por organizaciones imputan consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de una institución, por su parte, existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor^[24].

Vendría a determinarse la configuración de especiales deberes, conforme la subyacente relación entre el agente con ciertas instituciones, en el presente caso, la que se construye mediante la asunción de obligaciones, que como portador del cargo público ha de enfrentar frente a la Administración. Es en tal virtud que no cualquiera pueda asumir dichos deberes, sino únicamente los que están vinculados institucionalmente con la Administración. Así lo señala García Caveró, al indicar que un delito de infracción de deber no puede ser cometido por una persona no vinculada institucionalmente, por más que esta domine el hecho^[25]. No perdamos de vista, que esta postura se elabora sobre la defraudación de las expectativas normativas de la sociedad, de confiar que todos ajusten su quehacer conductivo, conforme a los roles —legalmente predeterminados—; es una misión comunicativa de la norma, no la protección de bienes jurídicos.

Punto importante a decir es lo que subraya Sánchez-Vera Gómez-Trelles (escuela *jakobsiana*), que dice que los delitos de infracción de deber para Jakobs son no sólo aquellos comportamientos que pueden ser subsumidos bajo el tenor literal de un delito de infracción de deber “positivado” (por ejemplo, un delito de funcionario), sino toda forma

[22] A decir de GARCÍA CAVERO, los delitos de dominio son aquellas que castigan la infracción del rol de ciudadano, es decir, la organización defectuosa de la propia esfera de organización o de ámbitos ajenos pero libremente asumidos (*La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático*, Idemsa, Lima, 2006, p. 381).

[23] Debiéndose añadir que en algunos casos, una persona ha de asumir también los defectos de organización de otros, cuando se advierta una relación de garantía, cuando el último de los mencionados no está en capacidad de asumir sus propios defectos de organización personal.

[24] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Delitos de Infracción de deber*, cit., p. 38.

[25] GARCÍA CAVERO, P. *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático*, cit., pp. 383-384.

de conducta que lesiona una institución. En verdad, aquí reside la ampliación decisiva, aunque el tipo de la Parte Especial en cuestión haya sido formulado aparentemente como un delito común^[26]. A ello se critica, preguntándose lo siguiente: ¿cómo se determina en el que una persona se halle vinculada a un bien de forma positiva o negativa? A criterio de Robles Planas, no se puede resolver esta cuestión de un plumazo, afirmando que existen (sin más) instituciones sociales que determinan tal vinculación positiva. Este planteamiento deja en manos de "la sociedad" la decisión sobre cómo se vincula una persona a un bien. Tengo serias dudas acerca de si ello es así. Más bien, me parece que la vinculación con los bienes jurídicos debe partir del propio individuo^{[27][28]}.

No puede caerse en el mismo círculo de la explicación teórica-conceptual, de construir la sustentación teórica fuera de los tipos penales^[29], basada esencialmente en los roles de ciertas personas, desde el momento en que se vinculan con ciertas instituciones ("Administración Pública"), pues se deja de lado que la efectiva lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico no puede sustentarse solamente desde la posición del sujeto dentro de un entramado institucional, sino que haya realizado una conducta o permitido que otro lo haga, en contravención a sus deberes inherentes al cargo, con el añadido de haberse aprovechado de dicha vinculación funcionarial, para poder perpetrar el injusto *funcionarial*. A esto debe sumarse que la misma Administración comprende una serie de actuaciones, por tanto, deli-

[26] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Delitos de infracción de deber*, cit., p. 44.

[27] ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito*, cit., p. 228.

[28] También se ha sostenido en contra de la teoría de los delitos de infracción de deber, que en la medida en la que todas las norma imponen deberes y todos los delitos consisten en la infracción de una norma, se debería deducir que todos los delitos tendrían el carácter de delitos de infracción de deber, como apunta BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 469.

[29] Al respecto, precisa Schünemann, que son los tipos penales de la Parte Especial que describen el hecho y que, desde ese modo caracterizan como autor a quien pertenece a esa descripción. Esto resulta tanto de la lógica forzosa de la finalidad preventiva del Derecho penal, como también del origen de las leyes penales, cuya procedencia se halla en la Parte especial, mientras que el concepto de autor ha sido desarrollado sólo paulatinamente sobre esta base mediante abstracción (*El dominio sobre el fundamento del resultado*, cit., p. 285).

mita ámbitos funcionales que son asumidos por varios funcionarios. A su vez, el *intraneus* no puede responder por aquellas intervenciones que realicen personas ajenas a la institución pública, máxime si el funcionario puede resultar siendo partícipe de un delito dominado por un *extraneus*, configurando un delito común^[30]. En cambio, para la doctrina de la infracción del deber, siempre sería considerado autor, al margen de lo nimio e insignificante de su intervención. Al respecto, Stratenwerth, en cuanto a la propuesta de operar en “los delitos de infracción de deber” con un concepto distinto del que corresponde a los “delitos de dominio”, tiene la consecuencia de que cualquiera, aun la más lejana colaboración de un sujeto que tiene el deber especial en la realización de una acción, realizaría el supuesto de hecho del delito especial, dando lugar, por tanto, a autoría. Por el contrario, el supuesto de hecho típico presupone, por regla general, que el autor calificado realiza una determinada acción y, con respecto a la cuestión de si ha llevado a cabo o no, no se puede recurrir a un criterio distinto de los “delitos de dominio”. Conformarse con cualquier aporte al hecho sería lesivo al principio *nullum crimen sine lege*^[31].

Suárez González señala que cabe oponer que el concepto de “institución” no se encuentra ontológicamente determinado y que, por tanto, no constituye ningún referente sólido para determinar si la acción desaprobada tiene como referente un deber institucional. La falta de un criterio material en torno a cuáles son los contextos regulados preformados, y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites, constituye ciertamente una limitación para establecer un fundamento de la responsabilidad tan específico como el que se propone^[32].

[30] Así, SUÁREZ SÁNCHEZ, al indicar que si el sujeto no cualificado tiene el dominio del hecho es autor del delito común, a pesar que sea determinado o ayudado por quien ostente la posición jurídica especial, quien no será autor de delito de infracción de deber sino partícipe del delito común, porque en este caso quien domina el hecho no infringe deber especial y quien lo vulnera no tiene el dominio (*Autoría y participación*, cit., p. 495).

[31] STRATENWERTH, G. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Civitas, Madrid, 2005, p. 244.

[32] SUÁREZ GONZÁLEZ, C., Los delitos consistentes en la infracción de un deber. EN: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Grijley, Lima, 2001, p. 230.

Siguiendo la línea argumental esbozada, consideramos lo siguiente: la infracción del deber^[33], sea como remisión a la norma extra-penal o como competencias institucionales, puede constituirse en un primer elemento para definir la relevancia jurídico-penal (*injusto funcional*) insuficiente para llenar de contenido material al injusto, por su excesivo formalismo conceptual; entonces: debe precisarse si es que tratándose del delito de Peculado existe una vinculación funcional entre el agente del delito (funcionario y/o servidor público) con el objeto material del delito y, seguidamente, verificar que merced a esa especial y particular relación funcional, el *intraneus* haya procedido a ejecutar la descripción típica contenida en el tenor literal del artículo 387° del CP^[34]. Es esa misma posición frente al objeto material del delito (caudales y/o efectos), que le otorga al *intraneus* la posibilidad de dominar esa esfera de competencia institucional, por tanto de ostentar

[33] Explicando la naturaleza material de los delitos impropios de omisión, Schünemann postula que esa infracción del deber especial extrapenal es un fenómeno que solo habitualmente acompaña al ejercicio de dominio penalmente relevante (*El dominio sobre el fundamento del resultado*, cit., p. 291).

[34] A decir de Suárez Sánchez, el concepto de realización ha de poseer, en ciertos casos, contenido valorativo que comprenda los aspectos normativos, propios del tipo, con lo cual pierde razón de ser en gran medida la distinción entre delitos de dominio del hecho y "delitos de infracción de deber", porque se entenderá que en estos el dominio del hecho solo podrá tenerlo quien ostente una posición jurídica que fundamenta el vínculo especial con el bien jurídico protegido por la norma, que no lo tiene el *extraneus*, quien solo puede atacarlo de manera accesoria a través del *intraneus*. Este autor señala luego, que una teoría del dominio del hecho desarrollada conforme a una teoría del tipo con matices normativos no justifica la existencia de dos construcciones diversas para la autoría: una para los delitos comunes, y otra para los delitos de infracción de deber, consistente en la teoría de los delitos de infracción de deber (*Autoría y participación*, cit., p. 494). No deja tener razón este autor, por la razón de que solo podrá *ostentar el dominio del hecho, aquel sujeto portador de una posición especial frente a la Administración*, por lo que una cosa lleva a la otra, sin dejar de lado que el deber puede desarrollar cierta relevancia para determinar la clase y naturaleza de los deberes asumidos por el agente. Para Robles Planas, se trata de la distinción entre aquellos delitos que son especiales por limitar el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión (delimitación de la posición especial) de aquellos otros delitos que establecen limitaciones ya en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica (*La participación en el delito*, cit., p. 238).

el dominio sobre dicha esfera de organización^[35]. De no ser así, toda intervención marginal de un funcionario y/o servidor público ha de ser reputada como una actividad típica de autoría a pesar de develar una manifestación esencial de complicidad; piénsese en aquel servidor público que presta una contribución para que otro funcionario pueda proceder a la apropiación del dinero que se encuentra bajo su esfera de custodia, bajo la doctrina de la *infracción del deber*. Dicha conducción tendría que ser penalizada a título de autoría, lo cual resulta inadmisibles desde un marco estricto de justicia material y a todas luces carente de la debida proporcionalidad.

En palabras de Suarez Sánchez, no es suficiente la infracción de un deber jurídico-público o jurídico-privado para que el especialmente obligado sea autor de infracción de deber, sino que se exige que domine la creación, el no control o aumento del riesgo objetiva y subjetivamente imputable; en otras palabras, que la infracción del deber especial se integre en el dominio del hecho^[36]. Schünemann, que sigue una postura eminentemente material de autoría y participación, indica que el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión (*delitos impropios de omisión*). Finalmente, ofreciendo un solo ejemplo más, esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone^[37]. Para Gómez Martín, el injusto especial solo debería ser imputado, a título de autoría, a aquellos sujetos que, además de presentar la condición de *intraanei*, ostentan el dominio del riesgo típico^[38].

[35] Así, Gómez Martín, al apuntalar que debe serlo el sujeto que, además de ser formalmente el *intraaneus*, tiene bajo su control *material* el ámbito funcional de dominio en el que se encuentre implicado el bien jurídico lesionado o puesto en peligro (*¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?*, cit., p. 336).

[36] SUAREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, cit., p. 494.

[37] SCHÜNEMANN, *El dominio sobre el fundamento del resultado*, cit., p. 295.

[38] GÓMEZ MARTÍN, *¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?*, cit., p. 366.

Lo sostenido doctrinariamente –llevado al caso que nos ocupa– determina concluyentemente que para atribuir responsabilidad penal como autor del delito de peculado, por el solo hecho de haber infringido un deber, –no haber devuelto el dinero–, no supone suficiente elemento a saber, por lo que ahora toca examinar sus presupuestos de configuración, lo que determinará si existe o no una relación posición especial (*vinculación funcional*) entre el sujeto y el caudal y, si conforme a ello, resulta admisible sostener que este tiene algunas de las cualidades que el artículo 387º exige (perceptor, administrador o custodio). A ello, cabe ya la postulación dogmática de que un funcionario y/o servidor público puede afectar bienes jurídicos convencionales, es decir, el patrimonio del Estado, dando lugar a una tipificación penal por un delito común.

Los argumentos delineados –cabalmente desarrollados por la doctrina que postula una unidad sistemática de autoría y participación–, vendría ser, como señala Gómez Martín, una “reconstrucción” de una teoría *unitaria* de la autoría^[39]. Frente a esto las teorías normativas del dominio del hecho se presentarían como concepciones que permitirían “recomponer” la teoría de la autoría. Explicarían la relación de autoría que debe existir entre el sujeto que realiza el tipo y la conducta típica de acuerdo con un único criterio aplicable a toda clase de delito. Se recuperaría para la teoría de la autoría, de esta forma, la idea de “sistema”, “abandonada” en cierto modo por la concepción, más tópica o casuística, de Roxin^[40].

Sin duda, el desarrollo vertiginoso e imparable de la ciencia *jurídico-penal*, de este tópico tan fundamental –que es la autoría y participación en los delitos especiales propios–, supone una temática que difícilmente impondrá un solo concepto en la dogmática penal, debido a los esquemas teóricos que se han acuñado en los últimos tiempos; empero, la construcción científica no puede abandonar conceptos esenciales del Derecho penal, de que la conducta del autor (*sea un delito especial o un delito común*), debe contrastarse, debe

[39] GÓMEZ MARTÍN, *¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?*, cit., p. 331.

[40] GÓMEZ MARTÍN, cit., p. 332.

—— La no devolución de viáticos: ¿Delito de peculado o la configuración...? ——

encajar con la descripción típica de la figura delictiva en particular, lógicamente partiendo con el reconocimiento de la especial esfera de actuación, donde se ubica el agente, lo que lo hace o no portador de este dominio del suceso típico. Una posición en contrario, trae consigo consecuencias indeseables en un Estado Constitucional de Derecho, al basar la responsabilidad penal en la mera constatación de la infracción de un deber o de la contravención a un deber positivo, dejándose vacío el principio del *nullum crimen sine lege*.

3.1 OBJETO MATERIAL DEL DELITO

El artículo 387° del CP tiene como objeto material del delito, a “caudales y/o efectos”, los cuales deben haber ingresado necesariamente a la esfera de competencia funcional del *intraneus*.

“Caudales” serán todos aquellos bienes de la Administración, expresados y valorados en términos económicos, que ingresan al patrimonio estatal, a través de diversas formas de adjudicación, formando parte del acervo (activos), que han de ser contabilizados por las agencias competentes. Consecuentemente, por caudal público se ha entendido que lo constituye cualquier objeto mueble, dinero o efectos negociables susceptibles de ser convertidos en dinero^[41].

No es necesario, en ese sentido, que aquellos sean de propiedad pública, bastando al efecto que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad (por ejemplo, dinero destinado a la realización de un giro postal)^[42]. Estamos hablando de todos aquellos bienes (muebles), valores, títulos, etc., cuya aprehensión permite a su tenedor hacerse de un determinado patrimonio, sin necesidad de que expresen una suma líquida, basta que sean negociables (cheques al

[41] MARTÍNEZ ARRIETA, A., *Comentarios al Código Penal*, Coordinado por Jacobo López Barja, Bosch, Barcelona, 2007,4, p. 3144. Vide, al respecto, BERNAL PINZÓN, J. *Delitos contra la Administración Pública*, Ternis, Bogotá, 1965, p. 18.

[42] MORALES PRATS, F. y otro, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, T. III, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 1688.

portador). Entonces, no hay problema en considerar como “caudales” a todo bien mueble con contenido económico, señala Abanto Vásquez^[43].

Los “efectos”, por su parte, serán aquellos objetos que no son fungibles (como el dinero) y que pueden ser objeto de apropiación y de utilización; lo serán todos aquellos objetos o bienes (distintos del dinero)^[44], con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la Administración. Esta consideración, lógicamente no afecta a pequeñas sustracciones de material, mas se nos antoja imprescindible ante expropiaciones cuantiosas del mismo, sobre manera allí donde las necesidades de la administración obligan al almacenamiento de importantes contingentes (quedarían pues integradas en el tipo las sustracciones de material de oficina, tales como papel, bolígrafos, grapas, etc., generalmente no inventariable, con el propósito de revenderlo en la papelería familiar)^[45].

Solo resulta necesario que el efecto haya sido confiado al funcionario público, en razón del cargo, sin ser indispensable de su incorporación formal al patrimonio estatal.

En el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, sobre los caudales y efectos, se señala que: “Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables”.

Según lo anotado, el dinero que se recibe por concepto de “viáticos”, encaja perfectamente en el concepto de “caudales”, como primer presupuesto a saber, para afirmar la configuración típica del delito de peculado. Ahora hemos de pasar al segundo elemento, que el agente tenga la cualidad funcional de: “perceptor, administrador y/o custodio”.

[43] ABANTO VÁSQUEZ, M.; *Los delitos contra la Administración Pública*, Palestra, Lima, 2003, p. 347.

[44] Así, MARTÍNEZ ARRIETA. EN: *Comentarios al Código Penal*, 4, cit., p. 3144.

[45] MORALES PRATS, F. y otro, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, T. III, cit., p. 1687.

3.2 LA RELACIÓN FUNCIONARIAL ENTRE EL *INTRANEUS* Y EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Definir este punto es esencial, pues como hemos venido sosteniendo, no es suficiente con la acreditación de la infracción de un deber (*extra-penal*), como sucede cuando el funcionario y/o servidor público no devuelve el dinero que no gastó –por concepto de “viáticos”–, debiéndose aparejar una especial vinculación con el objeto material del delito, que le permita emprender la conducción típica propuesta normativamente en el artículo 387° del texto punitivo. Esta “relación funcional” se construye materialmente, conforme a una esfera de competencia institucional, que asume el *intraneus* en la Administración, lo que a su vez le confiere el dominio del destino de los bienes (caudales y/o efectos), que ingresan a dicho ámbito funcional. Es así que el *intraneus* debe tener la condición de “perceptor, administrador y/o custodio”; si el funcionario público no es portador de dicha cualidad funcional, ha de negarse la tipicidad penal del delito de peculado.

“Custodia” importa la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes, que importa su tenencia, y realizada como función administrativa; no es la mera actividad administrativa de vigilancia (p.ej., el cuidado de un furgón de dinero de un banco que lleva a cabo un agente de la fuerza pública)^[46]. Si quienes se apropian del dinero son los vigilantes de seguridad (privada), quienes trasladan el bien mueble desde la institución al banco, no se configura el presente delito, sino el de hurto, al carecer de la vinculación *funcional*: “en razón del cargo”. Pero si están insertos en la plana laboral de la Administración sí pueden estar incurso en el delito de peculado.

Por custodia se entiende “guardar con cuidado y vigilancia” en este caso los caudales o efectos públicos. Por eso es que la custodia implicará la tenencia de los bienes, lo que no exigirá una relación permanente, pero que al menos debe determinar en un momento los bienes que sean confiados en custodia en razón del cargo^[47]. La

^[46] CREUS, C. *Derecho Penal. Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1991, T. II, p. 297.

^[47] DONNA, E. A. *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 277.

“custodia” importa, por tanto, la detentación fáctica del bien (efectos o caudales), que ingresa a la esfera de custodia del funcionario, quien se convierte en garante, siempre y cuando haya ingresado el bien en *razón del cargo*. Si es que el caudal fue detentado de forma momentánea, porque el funcionario encargado le pidió que lo cuidará por un momento y así se produce su apropiación, será un delito de hurto y no de peculado.

“Percibir” implica recibir caudales o efectos en razón del cargo funcional, la administración reparte bienes a determinados funcionarios para cumplir los cometidos propios de la Administración. Aquí el sujeto activo se desempeña en nombre y por cuenta de la Administración Pública, esto es, recibe caudales o efectos *siempre y para* la Administración Pública^[48]. El autor se erige en garante de los bienes que recibe, que en vez de darles una aplicación pública, los sustrae de la esfera de la Administración, sea apropiándose de ellos o utilizándolos de forma indebida.

Finalmente por “Administración” debe entenderse actos de gestión sobre una determinada actuación pública, en cuanto a la ejecución, ordenación y adopción de todos aquellos actos encaminado al buen manejo de la cosa pública. El administrador, por ende, no cuenta con la detentación fáctica de los caudales o efectos, aquel es el que debe procurar que los recursos estatales sean ejecutados conforme a las leyes de presupuesto así como de los objetivos plasmados al interior de la Administración; si aquél no es lo suficiente diligente para cautelar su correcto uso y, así toma lugar la sustracción del dinero -puesto a su confianza- se configura el delito de peculado culposo y no la modalidad dolosa.

La confianza no se refiere, por lo tanto, únicamente a la *tenencia material* de la cosa, sino a la facultad de disponer de ella, ya que administrar no importa tener bajo custodia física^[49]. El administrador puede tomar decisiones que impliquen la salida de los bienes de la esfera de la Administración, sin haberlos tenido físicamente, por ejem-

[48] MONTES FLORES, E. Análisis del delito de peculado por apropiación. EN: Gaceta Penal & Procesal Penal, T. 3, p. 145.

[49] SOLER, S. *Derecho penal argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1966, T. V, cit., p. 182.

—— La no devolución de viáticos: ¿Delito de peculado o la configuración...? ——

plo, el director de una Municipalidad que ordena a sus subalternos el desplazamiento de los dineros recaudados por el fisco a su domicilio.

Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judicialmente nombrados, los funcionarios o servidores del Banco de la Nación a cargo de los depósitos judiciales, etc^[50].

El tribunal supremo, en el Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ-116, sobre estos elementos sostiene lo siguiente: “*La percepción* no es más que la acción de captar o decepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. *La administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción. *La custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos”.

Llevado los argumentos al caso que nos ocupa, nos conduce a las siguientes conclusiones:

1. Debe negarse la “custodia”, en tanto en esta situación el agente (*intraneus*) es únicamente un guardián del objeto material del delito, un detentador fáctico que realiza actos de conservación y protección, por lo tanto él no puede disponer de dichos bienes para su uso personal, es decir en su propio beneficio.
2. Tampoco tiene la calidad de “perceptor”, en la medida que los caudales (dinero) que recibe ha de tener la exclusiva finalidad de aplicarlos para la ejecución y/o prestación de servicios públicos o para las tareas ordinarias de la Administración, no para un viaje por “comisión de servicios”.
3. Finalmente, podría decirse que es un “Administrador”, si se entiende que el agente -que recibe el dinero por viáticos-, tiene plena disponibilidad jurídica del bien, en cuanto a darle un determinado destino a dicho capital, lo cual ha de ser también rechazado, en el sentido de que el agente (funcionario y/o servidor público) recibe el fondo patrimonial del Estado, para una finalidad predeterminada en la resolución autoritativa, de usar

^[50] ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2005, p. 252.

el dinero para sus gastos personales en el viaje de comisión de servicios. Si se dice que este es un "Administrador", habría de ostentar -conforme su esfera de organización funcional-, la potestad de decidir el destino del dinero, cosa que no cuenta el *intraneus*, que recibe el dinero por dicho concepto; él solo lo puede gastar, para cubrir el pago de hospedaje, alimentación y transporte. Entonces, el hecho de que ya la resolución autoritativa (administrativa) determine el fin que ha de cubrir los "viáticos", imposibilita que se pueda encajar la conducta incriminada bajo los alcances normativos del artículo 387° del CP, al no existir dicha *relación funcional* que construye la materialidad de dicho injusto.

En la doctrina nacional Barrios Alvarado, sostiene una interesante posición, encaminada a la atipicidad penal de la conducta, indicando lo siguiente: "Para configurar la conducta del funcionario como peculado, esta debería entenderse como una apropiación *sui generis*, pues en el caso de los viáticos estas asignaciones salen de la esfera de tutela estatal para destinarse al ámbito de custodia personal del empleado público.

Ninguno de los elementos normativos de percepción, custodia o administración se evidencia en estos casos, ya que en los viáticos subsiste la autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, con cargo a rendir cuenta.

Es posible advertir que en esta especial circunstancia -entrega de viáticos- el servidor público detenta los bienes fuera del marco de control de la entidad pública, adquiriendo frente al traslado del bien la obligación de una rendición de cuentas, de ahí que su omisión de lugar a responsabilidades de orden administrativo y civil"^[51].

En la ejecutoria suprema recaída en el RN N° 260-2009-Loreto, -citada por la autora-, se dice lo siguiente: "(...) los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción o custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o total de la suma

^[51] BARRIOS ALVARADO, E. "El delito de Peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público", cit., p. 175.

asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del 'viático' que se le asignó, aspecto diferente es que no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal; que siendo así, y habiéndose establecido que el cargo atribuido no se adecua al supuesto típico al que alude el delito de peculado, deviene en inoficioso determinar la infracción del deber, puesto que en el caso concreto no existe expectativas normativas referidas al rol especial que se puede exigir a los procesados".

4. LA NO DEVOLUCIÓN DE LOS VIÁTICOS NO GASTADOS, CONSTITUYE DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

Conforme a lo sostenido anteriormente, faltaría analizar el relato fáctico (*no devolución de gastos por "viáticos"*), según los alcances normativos del artículo 190° del CP "apropiación ilícita", lo cual no solo resulta importante, en orden a cautelar los fines preventivo-generales de la pena, sino también para establecer una zona de delimitación con la "infracción administrativa", pues puede que esta conducta *disvaliosa* se quede en un estadio, que aún no supone el ingreso al ámbito de protección de la norma. A lo dicho debe añadirse, que los funcionarios y/o servidores públicos -en el decurso de su actuación *funcionarial*-, están en plena posibilidad de cometer delitos comunes, como el hurto, la estafa y la apropiación ilícita y, ello no implica reconocer privilegios para tales agentes, todo lo contrario, de encajar correctamente la descripción fáctica a los contornos típicos del tipo penal en particular. Es así que no en pocas oportunidades se observa en la práctica judicial que se imputa delito de colusión ilegal o de peculado a quien ha permitido que otro trabajador cobre un sueldo a la Administración, sin ir a trabajar, es decir, sin cumplir con su parte de la relación laboral, lo cual constituye delito de estafa, a título de instigador, como ha sucedido con respecto a ciertos congresistas de la República, que fueran denunciados por dichos títulos de imputación.

Ahora bien, sabemos que los delitos patrimoniales "convencionales", importan el emprendimiento del agente a la sustracción, apoderamiento y/o apropiación de un bien mueble ajeno, tal como se devela de las estructuraciones típicas comprendidas en las primeras articulaciones del Título V del CP. Entre estas figuras delictivas, posición importante ocupa el delito de apropiación ilícita, dada su alta tasa de incidencia criminal.

Convenimos, por tanto, que el disvalor del injusto material del delito contenido en el artículo 190° del CP no aparece cuando el agente recibe el bien (dinero, caudales), sino de forma ulterior, cuando el autor se muestre renuente a devolver el objeto material del delito, lo cual lo distingue claramente del delito de hurto o de estafa. La nuclearidad apunta, Peña Cabrera, descansa en el incumplimiento por parte del autor de disponer del bien con las exigencias que en el título se expresan. La esencia de esos delitos se limitan a aquellos casos en los que se transmiten la posesión a través y exclusivamente mediante un título que señala la forma y modo de devolver el bien recibido^[52].

El título debe causar la obligación de entregar o de devolver, entre las cuales la regla menciona al depósito, la comisión y la administración, y en una fórmula amplia, "otro título semejante que produzca la obligación de entregar o devolver" comprende a todos los actos que transfieren materialmente la custodia o vigilancia del bien mueble^[53].

¿Cuál sería el título por el cual el funcionario y/o servidor público recibe el dinero por concepto de "viáticos"? No es propiamente la "comisión", puesto que el funcionario no va a recibir una comisión por la labor ejecutada, al constituir un fondo patrimonial encaminado a cubrir sus necesidades más elementales en el viaje de servicios. Nos inclinamos por encajar el supuesto fáctico, dentro de la cláusula abierta, que el legislador ha definido en la composición normativa del artículo 190° del CP; donde la *exigencia de la devolución*, se prevé en las disposiciones legales referidas al presupuestos y al tesoro público. Es decir, debemos remitirnos a una norma extra-penal, para comple-

[52] PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, T. II, ediciones jurídicas, Lima, 1994, p. 210.

[53] PEÑA CABRERA, R. *Ob. cit.*, pp. 212-213.

—— La no devolución de viáticos: ¿Delito de peculado o la configuración...? ——

mentar -de forma específica-, el disvalor típico del comportamiento en examen.

Cuestión importante a saber es que la perfección delictiva no se alcanza con el mero hecho de no devolver el dinero por concepto de viáticos -no gastado-, sino que se requiere algo más: que la Administración le requiera por escrito al servidor público la devolución del dinero, otorgándole un término perentorio; luego de vencido el plazo, recién estaremos ante una conducta susceptible de ser calificada como apropiación ilícita. Si es que la Administración procede directamente a descontarle el dinero de los haberes del funcionario, sin haber hecho uso del requerimiento formal, no se podrá reputar la omisión como delictiva, sino como una infracción administrativa, pues no se podría advertir aún que el agente tiene la intención de apropiarse del caudal dinerario.

Conforme la línea argumental esbozada, se tiene que en algunas oportunidades se puede presentar un entrecruzamiento entre dos tipos penales, donde la sola identificación de la cualidad de funcionario y/o servidor público -en la persona del autor-, no es suficiente dato a saber, para proceder a una calificación jurídico-penal a título de peculado, en la medida que dicha reputación punitiva se encuentra condicionada a una serie de presupuestos, que en definitiva no se presentan copulativamente en el caso que nos ocupa; donde la infracción del *deber* no es suficiente para poder fundamentar válidamente la sustantividad material de este *injusto funcional*, al constituir una categoría dogmática -cuya evidente formalidad- tiende a trastocar el principio de legalidad, elevando a título de autoría cualquier clase de aportación delictiva del *intraneus* por más nimia e insignificante que sea, lo que sin duda vulnera las garantías basales de un derecho penal democrático. No se puede abandonar criterios teóricos-conceptuales, desprovistos de todo sustento material, por lo que el *dominio funcional en la conducción típica* constituye un elemento de valoración irrenunciable. En tal medida, hemos de negar -de plano-, interpretaciones forzadas e antojadizazas, que pretenden cobijar dicho relato fáctico, en la cobertura legal del artículo 387° del CP, cuando lo correcto -dogmáticamente hablando-, es encuadrar la conducta bajo los alcances normativos del delito de apropiación ilícita, siempre que se adviertan sus elementos de configuración típica. Debe quedar claro que los funcionarios y/o

servidores públicos también pueden atentar contra el patrimonio estatal y este es un ejemplo palmario de ello.

El hecho de querer desplegar una mayor intensidad de amenaza punitiva, ante conductas que se perpetran en especiales ámbitos de la vida pública no puede llegar a soluciones teóricas, que desdican los planos de valoración, que de cuño deben ser tomados en cuenta a la hora de definir la relevancia jurídico-penal de la conducta.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La línea argumental expuesta nos define un ámbito muy peculiar de la criminalidad, que por su escaso desarrollo dogmático puede llevar a resoluciones teóricas equívocas, sea por considerar a la no devolución de "viáticos" como infracción administrativa o como presunto delito de Peculado: ni uno ni el otro. Lo primero, en la medida que se observa un suficiente disvalor material en dicha conducción, necesitado y merecedor de pena; y lo segundo, al no concurrir los presupuestos de configuración típica propuestos normativamente en el artículo 387º del CP, donde el argumento de la "infracción del deber", resulta un argumento insuficiente, para dotar de sustantividad a los injustos *funcionariales*.

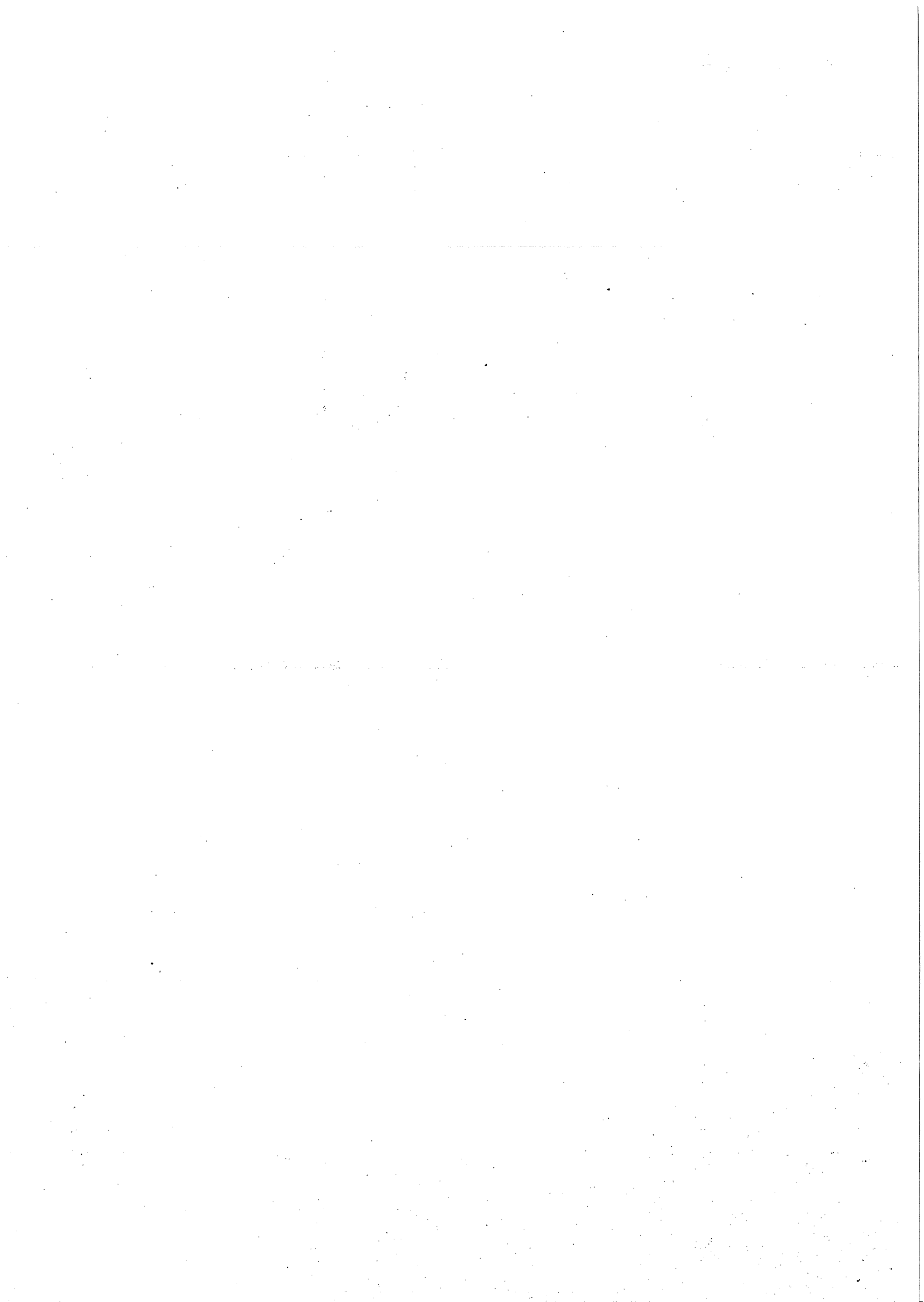
La búsqueda por un "criterio material", en los delitos especiales propios, nos conducen a rechazar criterios meramente *formales*, incapaces de respetar en rigor el principio de legalidad, pues bastaría que al *intraneus* se le reconozca una competencia -de orden institucional-, para que se atribuya responsabilidad penal, sin tomar en cuenta si con su obrar se configuró o no la descripción típica en particular; el dominio es el fundamento del resultado típico y, es precisamente la relación funcional, que detenta el autor frente al objeto material que le otorga dicho "dominio", el cual nunca lo tendrá el *extraneus* o el *intraneus* -funcionalmente no cualificado-. La infracción del deber puede ser considerado como un primer escalafón a valorar, para la determinación de la relevancia jurídico-penal de la conducta, mas con ella no basta para afirmar la tipicidad penal.

Convenimos entonces que la forma cómo ingresa el patrimonio estatal ("viáticos"), a la esfera de custodia del funcionario y/o servidor

público, imposibilita que esta conducta omisiva, puede ser reputada como delito de peculado, por la sencilla razón de que el *intraneus* carece de la cualidad funcional de custodio, perceptor o administrador, por tanto, no ingresa al ámbito de protección del artículo 387° del CP.

Siguiendo con la hilvanación de las ideas, somos de la concepción que dicho funcionario y/o servidor público, al atentar contra el patrimonio estatal, sí incurre en responsabilidad penal, pero no por el delito de peculado, sino por la figura delictiva de apropiación ilícita, por la sencilla razón de que el *agente no procede a devolver el dinero que tiene la obligación de devolver, conforme la normativa que rige las disposiciones presupuestales y del tesoro público, siempre y cuando sea requerido formalmente para ello y el sujeto público sea renuente a cumplir con dicha exigencia.*

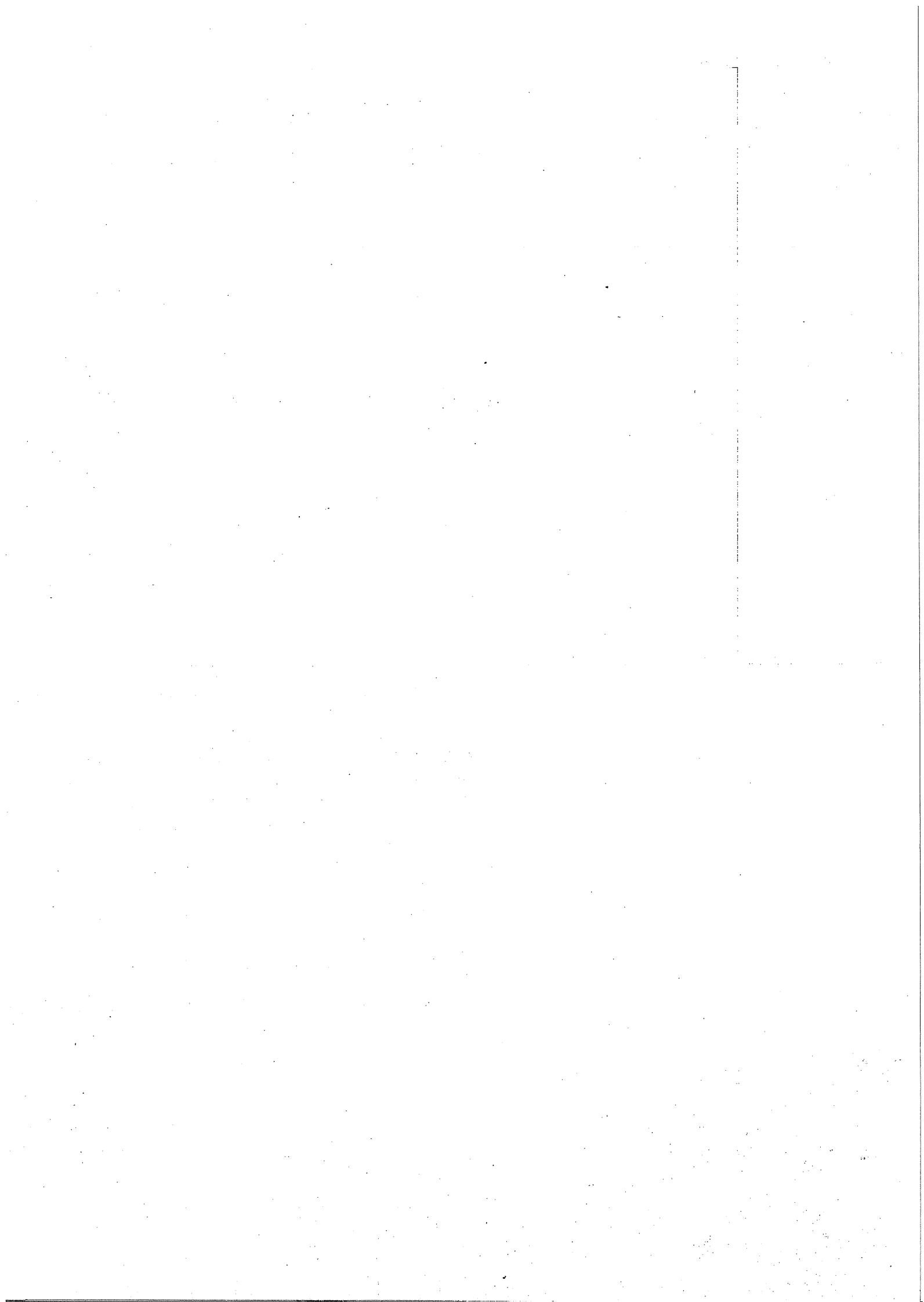
En resumidas cuentas, consideramos que la interpretación de las normas penales ha de corresponderse con la teleología que guía su finalidad instrumental y acorde con los elementos constitutivos del tipo penal.



INTERPRETACIÓN DEL TIPO PENAL DE PATROCINIO ILEGAL

Sara del Pilar Maita Dorregaray ()*

(*) Juez Superior Titular integrante de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.



1. INTRODUCCIÓN

Desde que ingresamos a los primeros ciclos de la Facultad de Derecho, nos enseñan que el Derecho es el sistema que regula las conductas sociales y está conformado por normas jurídicas así como principios generales.^[1]

En cuanto a la norma jurídica, se puede decir que es un mandato en el que al supuesto le sigue una consecuencia, que en palabras de Rubio Correa es una consecuencia lógico-jurídica, respaldada por la fuerza del Estado para su cumplimiento.^[2]

Ahora bien, si consideramos el hecho que para la elaboración de la norma jurídica se parte del lenguaje escrito, pues a decir de Hurtado Pozo, en el derecho penal, en virtud del principio de legalidad, la disposición legal debe ser una fórmula lingüística escrita, accesible a todos^[3], y debe ser entendida por todos los miembros de la sociedad, incluso por quienes no tienen conocimientos jurídicos, siendo el texto "el medio por el cual se expresa la norma con la que se regula una situación determinada"^[4], podemos concluir que para determinar el sentido de una norma jurídica, debemos empezar por analizar el lenguaje de esta, por lo que se hace necesaria la interpretación. *Inter-*

[1] RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, 9ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

[2] RUBIO CORREA. cit.

[3] HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Idemsa, Lima, 2011.

[4] HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit.

pretar una ley significa *explicar* el sentido de la misma, estableciendo su contenido.

2. EL DERECHO PENAL Y LA NORMA PENAL

El Derecho penal es un medio de control social, está dirigido a lograr que los hombres actúen del modo que se considera necesario o conveniente para una ordenada vida social, permitiendo al individuo el goce de los derechos y bienes que ella les puede proporcionar.^[5]

El Derecho penal, como parte del Derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común, mediante él se determinan y definen ciertos comportamientos, para lo cual, con la finalidad de que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten tales actos, según sea el caso, se recurre a la amenaza de una sanción.^[6]

En cuanto al derecho objetivo, el Derecho penal se manifiesta como un conjunto ordenado de normas, esto es, un ordenamiento, en el cual se puede distinguir entre "normas", "principios" y "preceptos".^[7]

Los principios no prescriben una conducta determinada, expresan criterios y razones para la decisión pero no la determinan.

La norma penal es un mensaje prescriptivo expresado a través de enunciados, proposiciones jurídicas, preceptos legales, que constituyen solo el vehículo de expresión de las normas y no deben confundirse con las normas mismas, aunque a menudo se utilizan como sinónimos.

Por tanto, no todo enunciado legal o precepto expresa una norma penal completa, ni todo enunciado legal o proposición jurídica sirve de base a una sola norma jurídico penal. Como sucede con las disposiciones de la Parte General del Código Penal, no transmiten mensajes prescriptivos completos, porque la finalidad de las mismas es instrumental, esto es, no pretenden dictar normas, sino precisar los

^[5] CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

^[6] HURTADO POZO, José. Op. cit.

^[7] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Parte general*. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

preceptos de la Parte Especial, delimitando el alcance de las normas que prohíben o castigan los distintos delitos.^[8]

El Derecho penal se sustenta en el principio de legalidad, según el cual sólo por ley se contemplan actos como delitos o faltas, con la sanción respectiva.

El *derecho penal sustantivo* es el conjunto de normas que establecen qué conductas son consideradas delictivas y las consecuencias jurídico-penales de estas. En tanto el derecho adjetivo está referido a las normas de carácter procesal.

La dogmática jurídico-penal se encarga del estudio de las leyes penales, partiendo del estudio del derecho penal positivo, como si fuera un conjunto de dogmas, sin entenderse como aceptación de una verdad absoluta sino como punto de partida para el conocimiento y la aplicación ordenada del Derecho penal, en razón a la vinculación que impone el principio de legalidad.^[9]

Es así, que la primera función que debe cumplir el dogmático es la de *interpretar*, esto es, buscar el sentido y el valor de la norma para medir la extensión precisa, el valor exacto y los límites de aplicabilidad a casos concretos. Para ello se recurre a los métodos de interpretación de las leyes penales. Esto para determinar qué casos concretos se comprenden dentro del supuesto legal, pues las leyes utilizan conceptos generales.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

La necesidad de la interpretación no depende de la claridad u oscuridad de la ley, pues aun la más clara necesita ser interpretada en el momento de ser aplicada.

Al respecto, se han desarrollado en la doctrina los métodos de interpretación de las leyes penales, a los que el intérprete puede acudir para encontrar el sentido de la ley, destacando el método gramatical, el sistemático, el histórico y el teleológico.

^[8] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Derecho penal. Parte General*, cit.

^[9] GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008.

Como sabemos, el *método gramatical* responde al sentido literal del texto legal; el *método sistemático* acude al contexto normativo general; el *método histórico* acude a determinar la voluntad del legislador al promulgar la ley; mientras que el *método teleológico* intenta determinar la finalidad de la ley penal, adecuando la interpretación de conformidad con dicha finalidad en función del bien jurídico protegido. A decir de Hurtado Pozo, “el método teleológico consiste en tener en cuenta el fin de la norma que se interpreta y el sentido inmanente del derecho en general o de un instituto; en relación con lo último se señalan ‘la naturaleza de las cosas’, ‘la equidad’, ‘seguridad’, etc. No se trata, pues, de las circunstancias accidentales que dan lugar a la dación de la norma legal sino más bien de las necesidades político-sociales que la norma instrumenta, y, asimismo, del contexto social en el que esta ha de producir sus efectos”.^[10]

La Corte Suprema de Justicia de la República^[11], en su jurisprudencia, también ha señalado que para aplicar la ley a casos particulares es necesario comprender el sentido de la misma, resaltando que la doctrina establece diversas clases de interpretación, según el método a utilizar:

- i) *Interpretación gramatical o literal: que consiste en deducir la manifestación verbal de la norma, a sus palabras se le deben otorgar su verdadero sentido gramatical, esto es, persigue descubrir el significado y sentido de la norma a través del estudio y análisis de la letra de su propio texto; debiendo indicarse que el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra Tratado de Derecho Penal (3ª edición, Grijley, Lima, 1999, p. 203), precisa que “Si examinada la ley desde el exclusivo ángulo gramatical, la interpretación es clara, los demás medios interpretativos devienen innecesarios”.*
- ii) *Interpretación teleológica: que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando el espíritu por el cual fue incorporada al ordenamiento jurídico, indicando al respecto, el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra Tratado de Derecho Penal (3ª edición, Grijley, Lima, 1999, p. 204), que es aplicable*

^[10] HURTADO POZO. Manual de Derecho penal. Parte general, cit.

^[11] R.N. N° 4216-2009-Lima, del 25.04.2011-Sala Penal Permanente.

cuando la Ley sea un tanto oscura, en tal caso, debe realizarse una interpretación desde la intención de la norma, esto es, considerar la ratio legis (razón de ser de la Ley), lo que implica procedimientos lógicos y valorativos, agregando que el profesor Hurtado Pozo refiere en cuanto a este método de interpretación, que se trata de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse razonablemente a la norma legal.

iii) *Interpretación sistemática: introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; esto es, consiste en seleccionar del sistema jurídico todas las normas que sean concordantes para establecer la solución que encuentra equilibrio entre garantías y eficiencia; indicando al respecto, el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra Tratado de Derecho penal (3ª edición, Grijley, Lima, 1999, p. 205), que "Según este método, la ley es interpretada teniendo en cuenta el terreno que le corresponde en el ordenamiento jurídico penal en relación con la legislación general (...). Para entender el orden jurídico, que es uno solo, debemos examinar la Ley como parte de un sistema legislativo único y orgánico, estructurado por principios comunes desde sus bases; de ahí que pasajes oscuros de una ley pueden ser aclarados por otras leyes, especialmente cuando el asunto objeto de las leyes es más o menos el mismo (...). En esta perspectiva, frente a las lagunas, insuficiencias, oscuridades de las leyes o de las disposiciones legales, el Juez debe comportarse como si el derecho fuera coherente, completo, desprovisto de antigüedades, equitativo, y susceptible de conducir a una sola solución".*

A decir de García Caveró^[12], los límites de la interpretación de la ley penal están dados por la conformidad con la Constitución, pues las leyes penales deben interpretarse en consonancia con la carta magna, y en caso de varias posibilidades de interpretación, tener como la más

[12] GARCÍA CAVERO. Lecciones, cit.

adecuada aquella que se presenta más acorde con la Constitución, comprendiéndose también la interpretación *pro homine*^[13].

También considera este autor como límite la llamada interpretación restrictiva, pues reduce el significado de los elementos del tipo a su núcleo de significación, esto es, al límite literal posible. En el mismo sentido, San Martín Castro afirma que el Derecho Penal impone al juez un límite concreto en su labor interpretativa, cual es su deber de mantenerse dentro del sentido literal posible del precepto.^[14] Asimismo, tal autor, citando a Roxin, señala que “el juez decide, dentro de diversas posibilidades interpretativas, lo que está en la naturaleza de las cosas; no tiene libertad absoluta en la interpretación, está vinculado a las decisiones valorativas legales, que por encargo de la ley se limita a concretar completando la norma en la interpretación”.

En tal sentido, el juez no puede exceder los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en ella, encontrándose prohibida la analogía tanto por la Constitución como por el Código Penal y el Código Procesal Penal del 2004.^[15] Precisa que la analogía es el método por el que una regla o ley se extiende por semejanza a casos no comprendidos en ella, debido a la similitud que poseen ambos supuestos de hecho.

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional señalando que “la analogía como integración normativa está proscribida en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139°, inciso 9, Constitución).^[16] Hurtado Pozo define la analogía como la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación, con arreglo a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión; empleándose la analogía para fundamentar la

^[13] Exp. N° 04124-2011-PHC/TC-Lima. Sentencia de fecha 31.01.2012.

^[14] SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “Constitución, Tribunal Constitucional y derecho penal nacional”, EN: Estudios de Derecho Procesal Penal, Grijley, 1ª reimpresión, Lima, 2012.

^[15] Constitución Política del Perú: artículos 2°.24.d), y 139°.9./Código Penal: artículo III del Título Preliminar/ Código Procesal Penal: artículo VII.3 del Título Preliminar.

^[16] Expediente N° 010-2002-AI/TC-Lima-Marcelino Tineo Silva y más de 50,000 ciudadanos, Sentencia de fecha 3 de enero del 2003.

represión de un comportamiento mediante la creación de un nuevo tipo legal o la ampliación de uno existente. No se considera analogía el uso del razonamiento analógico en la interpretación, siendo éste permitido.^[17]

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia precitada (Exp. 10-2002-AI/TC) al precisar que *“la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (...) Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que la exigencia de ‘lex certa’ no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (SATC 69/1989)”*.

Por tanto, el Tribunal Constitucional concluye que el Derecho penal admite tipos abiertos que frente a la indeterminación de sus conceptos valorativos delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.

Así, el Tribunal Constitucional, en la sentencia mencionada precedentemente, reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación, señalando que *“las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de lex certa cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos”*.^[18]

^[17] HURTADO POZO. cit.

^[18] En la sentencia del Expediente Nº 10-2002-AI/TC del 03.01.2003, el Tribunal Constitucional respecto a este tema precisa: *“El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.*

Cobra especial importancia como criterio de interpretación el principio del *in dubio pro reo*, el que se aplica al presentarse diversas interpretaciones sobre el sentido de la ley, una más amplia y otra más restringida de la punibilidad, pues para decidir cuál interpretación debe seguirse en el caso concreto, el intérprete tiene que asumir el sentido interpretativo más favorable al reo.

Sin embargo, precisa García Caveró^[19], el principio *in dubio pro reo* no tiene carácter absoluto, pues si la racionalidad del sistema penal lleva a la interpretación más extensiva de la punibilidad, entonces el juez penal tendrá que asumir este sentido de la interpretación por ser esta racionalidad el presupuesto de su labor de interpretación. Pone como ejemplo que si el legislador penal busca mediante determinados elementos normativos del tipo dar un mejor instrumento de lucha contra una determinada forma de criminalidad (ejemplo: delitos económicos), resulta lógico que se asuma una interpretación extensiva acorde con los objetivos político-criminales del legislador.

No debe confundirse la interpretación extensiva con la analogía, pues en el primer caso está referida a demostrar que la hipótesis propuesta queda implícitamente comprendida en la regulación de la ley – atendiendo a la razón de ser de la punición de la ley – mientras que en la analogía, como se ha señalado, se comprende un supuesto no previsto en ella.

Esta exigencia de *lex certa* no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos...”

[19] GARCÍA CAVERO. Lecciones, cit.

A ello habría que agregar que resaltando la importancia del planteamiento de la teoría^[20] tridimensional del Derecho^[21] el agente que aplica el Derecho en el rol que le toca ejecutar, tiene que tomar en consideración (conductas, valores y normas jurídicas),^[22] elementos que debe ponderar para trabajar en la estructura y en la operación del sistema en su conjunto.

En otras palabras, para no incurrir en la arbitrariedad, el intérprete debe tener en cuenta, en el proceso de interpretación, a estos tres elementos interactuando entre sí, esto es, la *conducta humana* (el hecho producido en una determinada realidad histórico cultural), la *norma jurídica* y los *valores* (comprendiendo los principios jurídicos y la finalidad de la norma).

Así, el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal^[23], en su presentación señala que “después de dieciocho años de vigencia del

^[20] En la filosofía jurídica se han desarrollado diversas teorías sobre la naturaleza o el ser del Derecho, entre ellas, se encuentra la Teoría tridimensional del Derecho. El jurista brasileño Miguel Reale tiene el mérito de haber desarrollado y divulgado, así como acuñado la expresión “tridimensionalismo” con la que se conoce a este planteamiento.

En el Perú, tal teoría ha sido enarbolada por Carlos Fernández Sessarego, la cual ha resumido a las conductas, normas y valores, como componentes esenciales e inseparables del Derecho, como una unidad dinámica de la experiencia jurídica.

^[21] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El tridimensionalismo”, EN: Derecho y Persona. *Introducción a la Teoría del Derecho*, Grijley, Lima, 2001.

^[22] La conducta humana intersubjetiva (también denominada “hecho”), es el elemento sociológico-existencial. Influye en multitud de campos: en lo político y normativo del Estado, en el aporte al Derecho consuetudinario y en la aplicación del Derecho, vía la interpretación o la integración jurídica, especialmente en su dimensión sociológica.

Los valores se integran desde el contenido político del Estado, actuando a través de diversos elementos como los principios generales y fijan como criterio importante la posición axiomática de interpretación.

Las normas jurídicas son esenciales en la función normativa general del Estado y constituyen bases fundamentales de toda la aplicación jurídica.

^[23] Elaborado por la Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada por Ley N° 29153, que tiene un carácter multisectorial por la representación que tienen en ella el Congreso de la República, el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Asamblea Nacional de Rectores y la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, publicado por el Congreso de la República en el 2009.

Código Penal peruano, es comprensible que se requiera una revisión integral de su texto, no solo por las nuevas necesidades que la sociedad peruana ha experimentado en este tiempo, sino también atendiendo a las constantes modificaciones que han sufrido los artículos que comprenden el mencionado cuerpo normativo desde su publicación en 1991. (...) En este contexto, se ha podido realizar una revisión pormenorizada de acuerdo con lineamientos doctrinarios, sociológicos y de la experiencia, planteando los cambios necesarios en atención a culminar la parte fundamental que orienta el sentido del Código Penal, donde se establecen los criterios esenciales que serán materia de enlace con la tipificación de las específicas conductas calificadas como delitos”.^[24]

Exponiendo en el citado anteproyecto, Juan Abraham Ramos Suyo^[25] señala que *“debe tenerse en cuenta que la dogmática jurídico penal empleada se aprecia mejor en la interrelación de sus artículos estructurados coherentemente, más aún cuando se ha tomado en consideración la real situación en la que nos desenvolvemos en las actuales circunstancias dentro del mundo globalizado. En esta línea de pensamiento, el Derecho penal es una ciencia social normativa, que por un lado destaca la importancia de la norma y por el otro la trascendencia de la pena. Ambos advierten la relevancia de los criterios axiológicos y racionales debidamente acentuado. También están expresados en este Anteproyecto los aspectos valorativo, social y epistemológico, que hoy en día son mayoritarios en el pensamiento universal de los más lúcidos e ilustres juristas. (...) Así, este proyecto de Código defiende los diversos intereses de la sociedad (...)”*.

4. EL PROCESO DE SUBSUNCIÓN TÍPICA

El órgano jurisdiccional, a fin de determinar la comisión de un delito por el imputado en un caso concreto, una vez acreditados los hechos (base fáctica), previa valoración de la prueba actuada, debe

^[24] El Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal comprende el Título Preliminar y la Parte General del Código Penal, resumido en: 73 artículos modificados, 35 artículos confirmados, 12 artículos incorporados y 09 artículos abrogados.

^[25] Comisionado representante de la Asamblea Nacional de Rectores.

efectuar la interpretación de la ley penal (en este caso, del tipo penal), para subsumir los hechos imputados en dicho tipo penal.

Este juicio de subsunción se realiza respecto a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado por el Ministerio Público, no solo en la resolución del proceso al expedir la sentencia respectiva, sino también al dictar los autos que ponen fin a éste, como el auto que resuelve el pedido de sobreseimiento o el que pone fin a una excepción de improcedencia de acción.

El Juez dejó hace mucho tiempo de ser un simple aplicador de la ley, cuando se consideraba que los jueces eran “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor”^[26], pues, como se ha expuesto precedentemente, hay toda una labor de interpretación a cargo del juez que se realiza a diario en la administración de justicia.

Tal labor de interpretación que se efectúa por los jueces, muchas veces se ve confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver los recursos de casación.

La casación tiene – según la doctrina – una función *nomofiláctica*, que implica la protección o salvaguarda del ordenamiento jurídico en sentido formal, esto es, garantizando la legalidad; la otra función es la de *uniformidad de la jurisprudencia*, pues procura la unidad de la interpretación del derecho penal. Asimismo, también cumple una función de *tutela del interés de las partes*, como medio de impugnación de aquellas resoluciones que estimen perjudiciales, con la finalidad que sean anuladas. Y, finalmente, una función de *cumplimiento de las garantías constitucionales en el procedimiento y enjuiciamiento penal*, bajo la vigencia del *ius constitutione*.

En este contexto, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima^[27] viene efectuando la interpretación de las normas

^[26] HURTADO POZO. Derecho penal. Parte general, cit.

^[27] La Sala Penal de Apelaciones viene aplicando el Código Procesal Penal del 2004 para delitos cometidos por funcionarios públicos, desde el 15 de enero del 2011, estando integrada por la Dra. Susana Ynés Castañeda Otsu, quien la preside, el doctor Ramiro Salinas Siccha –cuando se adoptó esta interpretación– y la suscrita.

sustantivas en distintos casos de delitos cometidos por funcionarios públicos, entre los cuales se ha interpretado los alcances del tipo legal del artículo 385° del Código Penal, que contempla el delito de patrocínio ilegal^[28], partiendo de los argumentos de los doctrinarios, llegando a una interpretación judicial en la forma siguiente:

5. TIPO PENAL: ARTÍCULO 385° DEL CÓDIGO PENAL

“El que valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas”.

5.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se consideró – conforme es unánime en la doctrina – que, de manera general, el bien jurídico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituyen el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública, tratando que los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también procurando el normal desempeño de funciones, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios.

Este concepto también ha sido recogido por la Corte Suprema de Justicia de la República^[29] al señalar que: *“se advierte que en doctrina se considera que en el delito de patrocínio ilegal el bien jurídico protegido viene a ser el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública (...)”.*

Asimismo, se tuvo en cuenta que la protección del bien jurídico tutelado en esta norma penal, concuerda con los lineamientos estable-

^[28] En sentencia de fecha 30.05.12, dictada en el Expediente N° 21-2011-06, que actualmente se encuentra en la Corte Suprema de Justicia de la República al haber sido elevada con recurso de casación.

^[29] Casación N° 230-2011-Lima, del 10.10.2011.

cidos en la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (CICC), en vigencia a partir del 4 de julio de 1997, que fuera adoptada en la ciudad de Caracas, Venezuela, suscrita por el Estado peruano el 29 de marzo de 1996, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N°26756 del 5 de marzo de 1997 y ratificada por el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo N° 012-97-RE del 21 del mismo mes y año. Instrumento normativo internacional que forma parte del derecho nacional, conforme a lo previsto por el artículo 55° de la Constitución Política del Estado.^[30]

Así, se consideró lo contemplado en la citada norma respecto a que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos.

Que la democracia representativa exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Y que es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad, los cuales deben hacer todos los esfuerzos para sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.

Por tanto, para efectuar una interpretación acorde a la finalidad de la norma jurídico penal, se tuvo en cuenta tanto el bien jurídico objeto de protección, como los instrumentos supranacionales que inspiran la lucha contra la corrupción, en la que se encuentra comprometido el Estado Peruano, así como también se consideró la realidad a la que se pretendía aplicar.

5.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

5.2.1 *Sujeto activo*

Tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público

^[30] Constitución Política del Perú, Artículo 55°.- *Tratados*. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Se tuvo en cuenta que en el artículo 425° del Código Penal, se comprende a las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos.

Se trata, obviamente, de una ficción efectuada por el legislador para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho administrativo, siendo esta una norma de reenvío.

Sin embargo, también se consideró que, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425° del Código Penal no se produce el reenvío, considerándose que es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción.

Así, atendiendo a que la norma citada comprende como funcionario o servidor público a: *“Artículo 425.-(...) 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas actividades u organismos (...)”*, se concluyó que lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones.

Este concepto, a su vez, ha sido acogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República^[31], al señalar que: *“i) El artículo primero de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que precisa que debe entenderse como servidor o funcionario público a todos aquellos que realizan función pública, es decir, toda actividad temporal o permanente remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos...”*.

[31] R.N. N° 3023-2009-CUSCO, de fecha 18.03.10.

5.2.1. Conducta o acción típica

a. El verbo rector *patrocinar*

En la doctrina, al referirse a este elemento del tipo, se entiende el favorecimiento, defensa, amparo, apoyo, gestión ante cualquier estamento de la administración pública, y que este verbo rector no se limita solo al ámbito judicial, sino que se extiende a toda la administración pública. Que los actos de amparar o patrocinar no se reducen a simples consejos, ilustración, pareceres o asesoramiento no vinculante sino a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros.^[32]

Se comprendió que el término se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, esto es, que se exige la verificación de actos concretos, de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.)^[33], que impliquen una intervención, no siendo suficiente el simple asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública. No se refiere al simple consejo, ilustración, ni parecer sino al acto de defender, favorecer, apoyar, amparar, gestionar, representar o interceder. El verbo rector “patrocinar” es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar.^[34]

El patrocinio puede ser formal o explícito (alegatos, peticiones) o disimulado (acompañando a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento de medidas reservadas, etc.).

[32] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2011.

[33] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003.

[34] Hugo Alvarez, Jorge B. *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

El patrocinio puede ser gratuito o remunerado^[35], no interesa que se haga para conseguir un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero,^[36] por lo que es indiferente cualquier tipo de beneficio, como también resulta irrelevante el resultado positivo o negativo del patrocinio.^[37]

b. El elemento "*intereses de particulares ante la administración pública*"

Interpretamos que se refiere al patrocinio de intereses de particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas) ante cualquier estamento de la administración pública. Se trata de abogar, gestionar los intereses de los particulares ante la Administración para obtener a favor de estos, situaciones ventajosas en una situación determinada. Esta conducta puede tener lugar en los diversos niveles de la Administración Pública, sea en el ámbito judicial, legislativo, gubernamental, etc., solo a título de una modalidad comisiva, rechazándose la modalidad omisiva.

Asimismo, es indistinto que el patrocinio sea desventajoso o ventajoso para los intereses estatales, pues puede resultar en algunos casos que los intereses que se patrocina sean coincidentes con los intereses de la Administración, como por ejemplo si la contratación con determinada empresa del ramo resulta ventajosa e idónea para la entidad estatal, pues la represión penal se fija en el torcimiento de la actuación pública que debe estar orientada a velar por el interés de la administración y no ser desplazada por el interés a favor de particulares.^[38]

Partiendo del supuesto que los funcionarios y servidores públicos han de guiar su actuación según la esfera axiológica, y que al asumir la investidura pública tienen el deber de servir a la comunidad, se concluye que aquellos encargados de una determinada labor, solo deben tomar

[35] REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "El delito de patrocinio ilegal de intereses de particulares ante la administración pública", EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Volumen 9, N° 63, Lima, 2003.

[36] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos*, cit.

[37] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Jurídica, Lima, 1996.

[38] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo V, Idemsa, Lima, 2010.

en cuenta los intereses generales para que la Administración funcione con eficiencia, dejando de lado cualquier interés subalterno tendiente a distorsionar la tarea pública. Por ello se penaliza esta conducta que superpone los intereses de los privados sobre los estatales.^[39]

Este tipo penal no diferencia la licitud o ilicitud del interés del patrocinado, pues es suficiente que el funcionario o servidor haga mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares, estando impedido a ello por ética funcional, decoro y/o expresas prohibiciones o incompatibilidades.^[40]

Lo que interesa es que el funcionario no use su investidura más allá de lo que le permite la ley.^[41] También resulta irrelevante la finalidad o el móvil que impulse al funcionario a patrocinar un interés privado.^[42]

Indistintamente a la modalidad que se adopte (sea que el patrocinio sea explícito o disimulado), el delito se configura siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor público no correspondan a actos propios de su oficio.^[43]

Este patrocinio también comprende los casos de incompatibilidad de la función pública con actividades privadas, siempre y cuando lleve a actividades de patrocinio efectivo, como por ejemplo, si el Juez ejerce como abogado ante otro Juez de la misma jurisdicción a favor de un privado. La mera infracción a la incompatibilidad que no trascendiera a la Administración Pública sería impune, aunque sí pueda constituir una infracción administrativa, incluso grave, como sería el caso de magistrados que ejercen un negocio privado, etc.

No debe tratarse de intereses propios ni de los intereses de la Administración Pública, ni de intereses de particulares que el funcionario

^[39] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op.cit.

^[40] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, cit.

^[41] ABANTO VASQUEZ. Los delitos, cit.

^[42] REVILLA LLAZA. cit.

^[43] FRAGOSO, Heleno Claudio. *Licoes de Direito penal. Parte especial*. Forense, T.II, 1986, Río de Janeiro, pp. 430-431.

debe proteger en razón del desempeño de sus propias funciones, como por ejemplo el Defensor del Pueblo, etc.^[44]

Esta conducta supone la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales. El objetivo de esta disposición es evitar que el funcionario actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los de la función o servicio público que ejerce y representa.^[45]

Tampoco exige el tipo penal una concertación con el patrocinado o con el funcionario ante el cual se patrocina el interés particular. El funcionario cumple el tipo incluso patrocinando un interés por propia cuenta sin que el particular se lo haya solicitado o lo hayan acordado previamente. En este último caso, la responsabilidad penal como partícipe del particular patrocinado queda descartada.^[46]

Tal concepto ha sido recogido por la jurisprudencia suprema^[47] al señalar que: "El injusto de patrocinio ilegal o incompatible pertenece a los tipos penales de delitos de peligro, por lo que no se requiere un resultado material, es decir, no se precisa que previamente se verifique el resultado en contra de la Administración Pública, sino que, lo que precisamente se reprocha y se trata de prevenir es el peligro que dicho patrocinio representa para el Estado; bastando para su comisión el hecho de representar a un particular ante la Administración que lo cobija".

Se ha determinado también que si un funcionario o servidor público tiene la condición de imputado o procesado en un proceso penal, deja su condición de sujeto público para convertirse en un ciudadano particular que tiene que hacer su defensa personal en contra de la imputación, pues es en tal proceso penal que se determinará su responsabilidad penal, la misma que es personalísima. Más aún si se encuentra dentro de un proceso penal en el cual el Estado es el agraviado.^[48]

[44] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos*, cit.

[45] FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Raúl A. *Delitos contra la Administración Pública*, FECAT, Lima, 2002.

[46] REVILLA LLAZA. "El delito de patrocinio ilegal", cit.

[47] Exp. N° 477-97.Ejecutoria Suprema.

[48] En Sentencia de fecha 30.05.12 dictada en el Expediente N° 21-2011-06.

e. El elemento "*valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público*"

El hecho punible se configura si el patrocinio de intereses de particulares ante la administración pública se efectúa por el agente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público.

Según la doctrina, valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de funcionario o servidor público. El sujeto activo abusa del cargo público que ostenta, utiliza su condición especial, sus calidades en el orden social, tendenciosa o abusivamente, para privilegiar a particulares.

Los actos de patrocinio indebido por efectuarse ante la administración pública, deben estar dirigidos hacia otro funcionario o servidor público que, eventualmente, tiene dentro de sus atribuciones o funciones resolver algún asunto o conflicto del particular a quien pretende ayudar el sujeto activo, como lo señala Salinas Siccha^[49].

En el mismo sentido, Abanto Vásquez^[50] señala que "lo que interesa es que la conducta del funcionario se dirija a otro funcionario buscando influir en este de alguna manera".

Valerse de la calidad de funcionario distingue la simple intervención del patrocinio ilícito, pues no es lo mismo que el funcionario vaya a preguntar a la mesa de partes de cualquier repartición del Estado, a que se presente usando su calidad de funcionario público para, directa o indirectamente, conseguir presionar sobre los demás funcionarios públicos. El funcionario se aprovecha de su calidad de tal para tener acceso, y eventualmente, *influir o presionar* a otros funcionarios.^[51]

Concordando con ello, Rojas Vargas afirma que lo que se criminaliza es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servidor público. Valerse del cargo es hacer prevalecer la calidad e

[49] SALINAS SICCHA. *Delitos contra la administración pública*, cit.

[50] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos*, cit.

[51] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos*, cit.

investidura poseída (privilegios y posesionamientos, jerarquía, rango o relaciones).^[52]

Tal concepto también ha sido recogido por la Corte Suprema de Justicia de la República en diversas ejecutorias, al señalar al respecto que “el tipo objetivo del delito de patrocinio ilegal exige que el agente se valga de su condición de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares.”^[53]

El mismo fallo establece que, “respecto al delito de patrocinio ilegal, la conducta del encausado no se ajusta en forma precisa a la definición allí establecida, pues se requiere expresamente que el agente se haya valido de su condición de regidor para patrocinar intereses particulares, lo cual no ha sucedido en autos”^[54].

También se ha venido utilizando el referido concepto por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República^[55], al señalar que *“uno de los comportamientos típicos que prevé esta figura penal consiste en valerse del cargo, haciendo prevalecer la calidad e investidura poseída (privilegios y posicionamientos, jerarquía, rango o relaciones), debiendo destacarse que el artículo 385° del Código Penal no diferencia la licitud o ilicitud del interés patrocinado, siendo suficiente que el funcionario o servidor haga mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares, estando impedido a ello por ética funcional, decoro y/o expresas prohibiciones o incompatibilidades (...)”*.

Asimismo, en el Subsistema Anticorrupción que se implementó desde el año 2001 también se ha acogido dicha definición^[56], al señalar que dicho tipo penal exige la verificación de actos concretos ante la administración pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, pues lo que interesa es que la conducta del

^[52] ROJAS VARGAS, Fidel. Op.cit.

^[53] R.N.N° 1054-2001-Lima.

^[54] R.N.N° 1054-2001. Ejecutoria Suprema del 08.08.2001.

^[55] Exp.N° 18-2001-AV-Sentencia de fecha 25.02.2005-Caso Víctor Dionisio Joy Way.

^[56] Exp. N° 08-2001-SPE/CSJL- Sentencia del 15.12.2003. En: BARANDIARÁN D., Roberto/NOLASCO V., José Antonio. *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción. Corrupción gubernamental*, Palestra, Lima, 2006.

funcionario se dirija a otro funcionario buscando influir en este de alguna manera.

Conforme a la interpretación efectuada sobre el tipo penal que contempla el delito de patrocinio ilegal, la Sala de Apelaciones, en sentencia de segunda instancia^[57], consideró que entre las conductas que implican valerse del cargo, se encuentra la de presentarse en su condición de funcionario o servidor público para obtener facilidades, ventajas en los trámites ante la administración pública y los procesos judiciales, entre los cuales se encuentra la celeridad y obtención de permisos de salida.

5.3. ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

El elemento subjetivo del tipo es el accionar doloso del agente, pues el funcionario o servidor público actúa conociendo que tiene impedimento de patrocinar intereses de particulares, pese a lo cual desarrolla la conducta prohibida.

5.3.1. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el Estado.

5.3.2. El caso judicial analizado

Resumiendo los hechos que se tuvieron por probados en el caso resuelto por la Sala Penal de Apelaciones^[58], tenemos que:

1. El imputado sostuvo relación contractual con el Estado cuando ingresó a laborar a una empresa estatal como abogado, habiéndosele designado en un cargo en virtud del cual ejercía funciones en tal entidad.
2. El imputado fue designado por escrito como abogado defensor de un funcionario público que laboraba en la misma institu-

^[57] Exp. N° 21-2011-6. Sentencia de segunda instancia de fecha 30.05.12, que confirma la condena impuesta al imputado por delito contra la Administración Pública -Concusión- en su forma de Patrocinio Ilegal en agravio del Estado, interviniendo como ponente y directora de debates la suscrita.

^[58] Véase: Exp. N° 21-2011-6. Sentencia de segunda instancia de fecha 30.05.12

ción donde el agente ejercía funciones, designación efectuada con anterioridad a la asunción del cargo en la entidad del Estado.

3. La defensa asumida por el imputado, que se inició en fecha anterior a la asunción del cargo público, continuó incluso durante el ejercicio del cargo en la institución pública donde ejercía funciones.
4. La defensa ejercida por el imputado, respecto al funcionario público de la misma institución, no se encontraba entre las funciones del investigado.
5. El ejercicio de la defensa efectuado por el imputado fue a favor del funcionario público implicado en un proceso penal que se le seguía ante el Poder Judicial, por delito contra la Administración Pública en agravio del Estado (en agravio de la institución en la que, tanto el imputado como el funcionario público procesado, ejercían funciones públicas).
6. El imputado al concurrir al órgano jurisdiccional para ejercer la defensa del procesado, se entrevistó en varias ocasiones con el Juez de la causa, habiéndose presentado ante el Secretario de Juzgado también en diversas oportunidades, identificándose con el cargo de funcionario público que ostentaba.
7. En el ejercicio de la defensa penal que efectuaba el imputado ante el Poder Judicial a favor de su patrocinado, participó en distintas diligencias judiciales, efectuando informes orales, así como tramitando y recogiendo permisos judiciales de viaje a favor del procesado.
- 8.- El imputado tenía pleno conocimiento de las incompatibilidades de su cargo, encontrándose entre ellas su obligación de abstenerse de patrocinar, asesorar, asistir o representar, directa o indirectamente a cualquier persona en cualquier materia en proceso judicial donde el Estado sea demandante o demandado, esto es, sea parte procesal.
- 9.- El imputado ejercía la defensa dentro de su horario laboral.
- 10.- El imputado tenía acceso a información privilegiada de la entidad en la que ejercía funciones.
- 11.- El imputado coordinaba estrategias legales con la abogada de su patrocinado, quien se encontraba procesado por delito pre-

suntamente cometido con ocasión del ejercicio de sus funciones en la entidad perjudicada donde el imputado también ejercía funciones.

- 12.- El patrocinado del imputado ya contaba con abogada defensora para su proceso penal, siendo esta última la esposa del imputado, por lo cual cobró sus honorarios profesionales.

6. CONCLUSIÓN

La Sala Penal de Apelaciones, utilizando los métodos de interpretación reseñados, como el literal, sistemático y teleológico, los límites de la interpretación, y teniendo en cuenta también, la realidad histórico-cultural a la que se debía aplicar, conforme a lo expuesto precedentemente, procedió a interpretar el tipo penal que contempla el delito de patrocinio ilegal, llegando a la conclusión que los hechos materia del proceso referido se subsumían en el contenido de dicho tipo penal.

Así, en cuanto al sujeto activo, se determinó que, al tener el imputado relación contractual con el Estado y en virtud de ello ejercer funciones del cargo que ostentaba, para efectos penales, tenía la calidad de funcionario o servidor público.

Asimismo, se consideró acreditado el patrocinio ejercido por el imputado al ejercer la defensa de otro funcionario que ejercía funciones en la misma entidad estatal.

En cuanto a los intereses materia del patrocinio, se comprendió que estos eran intereses de particulares, toda vez que el patrocinado se encontraba afrontando un proceso penal en agravio del Estado (en agravio de la misma institución donde laboraba dicho patrocinado autor del delito), proceso en el cual se determinaría su responsabilidad penal, la misma que es personalísima.

Pues si un funcionario o servidor público tiene la condición de imputado o procesado en un proceso penal, deja su condición de sujeto público para convertirse en un ciudadano particular que tiene que hacer su defensa personal en contra de la imputación. Más aún, si se encuentra dentro de un proceso penal en el cual el Estado es el agraviado, como ocurrió en este caso.

También se determinó que el patrocinio que efectuó el imputado fue ante la administración pública, en este caso específico, ante el Poder Judicial.

En cuanto a valerse del cargo, conforme a la interpretación efectuada sobre el tipo penal, se consideró que entre las conductas que implican valerse del cargo se encuentra la de presentarse en su condición de funcionario o servidor público para obtener facilidades, ventajas, en los trámites ante la administración pública y los procesos judiciales, entre los cuales se encuentra la celeridad y obtención de permisos de salida, por lo que la conducta observada por el imputado materializó el valerse del cargo, que exige el tipo penal, esto es, valerse de su calidad de funcionario o servidor público.

Además, se consideró que el imputado también se valió del cargo, al utilizar la información privilegiada con la que contaba en razón del cargo que ostentaba en la entidad estatal agraviada, para ejercer la defensa de los intereses de particulares en el proceso penal que afrontaba su patrocinado.

Como también aprovechó de los privilegios que gozaba en razón al ejercicio del cargo para disponer de su horario laboral, invirtiendo las horas que le correspondía cumplir con sus funciones, para patrocinar los intereses de particulares, incumpliendo tales funciones, beneficiándose con la remuneración que no le correspondía por las horas dejadas de laborar, perjudicando el erario del Estado, con el objeto de privilegiar los intereses particulares de su patrocinado respecto a sus obligaciones funcionales.

Se determinó que la conducta del sentenciado se subsumía en el tipo penal imputado, **al haberse valido de su calidad de funcionario o servidor público para patrocinar intereses de particulares ante la administración pública.**

El imputado actuó con dolo, pues tenía conocimiento de las incompatibilidades del cargo, y pese a ello patrocinó intereses de particulares ante la administración pública.

Se ha efectuado esta interpretación conforme a la finalidad de la norma y a la realidad a la que se aplica, observando los límites de la interpretación.

Este libro se terminó de imprimir en Lima,
en los talleres gráficos de Jurista Editores
en el mes de enero de 2014.

