# Derecho procesal penal

Volumen II

EDITORA JURIDICA GRIJLEY

6.196

César San Martín Castro
Profesor de Derecho Procesal Penal
en la Pontificia Universidad Católica del Perú

# Derecho procesal penal

## Volumen II

DERECHO PROBATORIO
IMPUGNACIÓN Y RECURSOS PENALES
PROCESO PENAL CAUTELAR
LOS PROCEDIMIENTOS PENALES
LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL



1ª edición, febrero 1999
1ª reimpresión, julio 1999

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.*

Composición e Impresión Luser Graf Colaborador

Edición al cuidado de CARLOS ATOCSA GARCIA

© 1999 - Editora Jurídica **GRIJLEY** - Lima, Perú

Jr. Lampa 1115 Of. 206 - Lima 1, Perú • Teléfonos: 427-6038 / 427-3147 / 426-5417

**Hecho el Depósito Legal Nº 150101999-0053**

Editora y Distribuidora Jurídica **Grijley** E.I.R.L.

# INDICE DEL VOLUMEN II

## PARTE VI
## DERECHO PROBATORIO

### CAPÍTULO XXIV
### TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA


I. CONCEPTO DE PRUEBA ..... 581
II. ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS ..... 583
1. Aspectos generales ..... 583
2. Actos de investigación y actos de prueba ..... 584
3. Notas esenciales de la actividad probatoria y de la prueba ..... 587
4. Prueba anticipada y prueba preconstituida ..... 588
*A. Concepto* ..... 589
*B. Requisitos* ..... 590
*B.1. La irrepetibilidad del hecho* ..... 590
*B.2. La intervención judicial y la posibilidad de contradicción* ..... 590
*B.3. La lectura de documentos* ..... 590
5. El atestado policial ..... 591
*A. Aspectos dogmáticos generales* ..... 591
*B. Legislación nacional* ..... 593
III. OBJETO DE LA PRUEBA ..... 596
1. Objeto de la prueba en abstracto ..... 597
2. Objeto de la prueba en concreto ..... 598
3. Libertad del objeto de prueba ..... 599
IV. ELEMENTO, ÓRGANO Y MEDIO DE PRUEBA ..... 599

1. Elemento de prueba ..... 600
*A. Objetividad* ..... 600
*B. Legalidad* ..... 600
*C. Relevancia* ..... 600
*D. Pertinencia* ..... 601
2. Órgano de prueba ..... 601
3. Medio de prueba ..... 601
*A. Concepto* ..... 601
*B. Limitación a la utilización de medios* ..... 602
*C. Comunidad de la prueba* ..... 603
V. ACTIVIDAD PROBATORIA ..... 603
1. Concepto ..... 603
2. Carga de la prueba ..... 604
3. Momentos de la actividad probatoria ..... 605
*A. Proposición* ..... 605
*B. Admisión* ..... 606
*C. Recepción* ..... 607
VI. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA ..... 609

## CAPÍTULO XXV
## LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

I. INTRODUCCIÓN ..... 611
II. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO ..... 612
1. Naturaleza jurídica ..... 612
2. Posición del imputado frente al interrogatorio ..... 612
III. LA INSTRUCTIVA O INDAGATORIA ..... 614
1. Aspectos generales ..... 614
2. El acto de la instructiva ..... 616
*A. Procedencia* ..... 616
*B. Asistentes* ..... 617
*C. Estructura* ..... 618
IV. LA CONFESIÓN ..... 620

1. Concepto ..... 620
2. Clases de confesión ..... 622
3. Condiciones de validez ..... 624
*A. Libertad y normalidad psíquica del declarante* ..... 624
*B. Corroboración por otros medios probatorios* ..... 625
*C. Autoridad competente y legalidad de su actuación* ..... 626
4. Efectos jurídico materiales y procesales ..... 626
*A. Aspectos de procedimiento* ..... 626
*B. Confesión y medición de la pena* ..... 627

## CAPÍTULO XXVI
## LA PRUEBA INDICIARIA

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO ..... 631
II. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA ..... 634
1. Introducción ..... 634
2. El indicio ..... 634
3. La presunción ..... 637
III. CLASES DE INDICIOS ..... 639
1. Indicios antecedentes ..... 639
2. Indicios concomitantes ..... 640
3. Indicios subsiguientes ..... 640
IV. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA ..... 641

## CAPÍTULO XXVII
## LA PRUEBA PROHIBIDA

I. ASPECTOS GENERALES ..... 643
1. Introducción ..... 643
2. Concepto ..... 644
3. Fundamento ..... 645
4. Alcance de la regla de exclusión ..... 647
II. SUPUESTOS DE APLICACIÓN Y ALCANCES ..... 649

1. Supuestos de aplicación ..... 649
2. Alcances ..... 650
*A. Prohibición de la práctica de pruebas* ..... 650
*B. Prohibición de utilizar la prueba* ..... 653
III. EXTENSIÓN ..... 654
1. Concepto y fundamento ..... 654
2. Excepciones ..... 655

## CAPÍTULO XXVIII
## VALORACIÓN DE LA PRUEBA

I. EL PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL ..... 657
II. EL PRINCIPIO DE LA LIBRE VALORACIÓN ..... 658
1. Concepto ..... 659
2. Alcance de la libre valoración ..... 662
3. Libre valoración y presunción de inocencia ..... 662
III. EL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE ..... 665

# PARTE VII
# IMPUGNACION Y RECURSOS PENALES

## CAPÍTULO XXIX
## TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN PENAL

I. ASPECTOS GENERALES ..... 671
II. EL DERECHO AL RECURSO. ASPECTOS CONSTITUCIONALES ..... 674
III. PRESUPUESTOS DE LA IMPUGNACIÓN ..... 678
1. Presupuestos subjetivos ..... 678
2. Presupuestos objetivos ..... 679
IV. PROCEDIMIENTO RECURSAL ..... 682
V. EFECTOS DE LOS RECURSOS ..... 684
1. Introducción ..... 684
2. El efecto devolutivo ..... 686
3. El efecto suspensivo ..... 686

4. El efecto extensivo ..... 687
5. El efecto diferido ..... 688
VI. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS ..... 689

## CAPÍTULO XXX
## EL RECURSO DE REPOSICIÓN

I. CONCEPTO Y NATURALEZA ..... 691
II. RESOLUCIONES RECURRIBLES ..... 692
III. PROCEDIMIENTO ..... 692

## CAPÍTULO XXXI
## EL RECURSO DE APELACIÓN

I. ASPECTOS GENERALES ..... 695
II. APELACIÓN CONTRA RESOLUCIONES INSTRUCTORAS ..... 698
III. APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS ..... 702
IV. ALGUNOS PRINCIPIOS DE LA APELACIÓN PENAL ..... 704
1. Limitación del conocimiento del Juez *ad quem* ..... 704
2. Prohibición de pronunciarse sobre los no apelantes ..... 705
3. Extensión de la competencia en los supuestos de estrecha relación ..... 705
4. Competencia para estudiar los presupuestos de validez del proceso ..... 706
5. Vigencia de la "*reformatio in peius*" ..... 707
6. Posibilidad de apreciar nueva prueba ..... 709
7. El Juez *ad quem* puede condenar al absuelto ..... 710

## CAPÍTULO XXXII
## EL RECURSO DE CASACIÓN

I. LÍMITES CONSTITUCIONALES ..... 715
II. CARACTERÍSTICAS GENERALES ..... 717
III. RESOLUCIONES RECURRIBLES ..... 720

IV. Motivos de casación ..... 721
1. Aspectos generales ..... 721
2. Motivos por quebrantamiento de forma ..... 722
*A. Vicios de procedimiento* ..... 723
*B. Vicios por defectos de la sentencia* ..... 724
3. Motivos por infracción de ley ..... 727
*A. Error en la tipicidad* ..... 728
*B. Error por inobservancia de las eximencias de responsabilidad penal* ..... 728
*C. Error en la apreciación jurídico–sustantiva* ..... 730
*D. Error* facti ..... 732
V. Procedimiento recursal ..... 735
1. Interposición del recurso ..... 735
2. Tramitación del recurso ..... 736
3. Sentencia casatoria ..... 736

## Capítulo XXXIII
## EL RECURSO DE NULIDAD

I. Aspectos generales ..... 741
II. Características del recurso ..... 742
III. La ejecutoria suprema ..... 746
1. Votos necesarios para que exista resolución ..... 746
2. Nulidad de actuados. Sentencia anulatoria ..... 746
3. Sentencia suprema de mérito ..... 749

## Capítulo XXXIV
## LA ACCIÓN DE REVISIÓN

I. Aspectos generales ..... 753
II. Legitimación y competencia ..... 756
III. El objeto impugnable ..... 757
IV. Motivos de revisión ..... 759
1. Introducción ..... 759

2. Primer motivo ..... 760
3. Segundo motivo ..... 760
4. Tercer motivo ..... 760
5. Cuarto motivo ..... 761
6. Otros motivos ..... 762
V. EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN ..... 763

## CAPÍTULO XXXV
## RECURSO DE QUEJA Y RECURSOS FISCALES

I. RECURSO DE QUEJA ..... 767
1. Recurso de queja ordinario ..... 767
2. Recurso de queja excepcional ..... 769
3. Otras modalidades de queja jurisdiccional ..... 771
II. RECURSOS FISCALES ..... 772
III. LA CONSULTA ..... 773

# PARTE VIII
# PROCESO PENAL CAUTELAR

## CAPÍTULO XXXVI
## TEORÍA GENERAL DEL PROCESO CAUTELAR

I. CONCEPTO ..... 779
II. NATURALEZA JURÍDICA ..... 782
III. LAS MEDIDAS CAUTELARES ..... 784
1. Concepto ..... 784
2. Características ..... 784
*A. La instrumentalidad* ..... 785
*B. La urgencia* ..... 787
*C. La proporcionalidad* ..... 788
*D. La regla* "rebus sic stantibus". *La variabilidad* ..... 791
*E. La jurisdiccionalidad* ..... 793

IV. Presupuestos de las medidas cautelares ..... 794
V. Efectos de las medidas cautelares ..... 796
VI. Clasificación de las medidas cautelares ..... 797
VII. Actividad procesal ..... 798

## Capítulo XXXVII
## LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

I. Aspectos generales ..... 801
II. La detención preliminar ..... 803
1. Concepto ..... 803
2. Presupuestos ..... 805
*A. La imputación* ..... 805
*B. Peligro de fuga* ..... 806
3. La flagrancia delictiva ..... 806
4. El plazo de la detención preliminar ..... 809
5. Casos especiales de detención preliminar ..... 810
6. Control de la detención preliminar policial ..... 811
7. La aprehensión por los particulares ..... 814
8. La detención preliminar por orden judicial ..... 815
III. La detención judicial ..... 818
1. Concepto y función ..... 818
2. Presupuestos materiales ..... 822
*A.* Fumus boni iuris ..... 823
*B.* Periculum in mora ..... 824
*C. El proceso por delito de terrorismo* ..... 829
3. Presupuestos formales ..... 830
4. Modalidades de detención judicial ..... 833
*A. La detención comunicada* ..... 833
*B. La detención incomunicada* ..... 834
5. Duración de la detención judicial ..... 836
6. Recursos contra la detención judicial ..... 840
7. Detención judicial y parámetro de los cuatro años ..... 842

IV. LA COMPARECENCIA ..... 843
1. Aspectos generales ..... 843
2. La comparecencia simple ..... 844
3. La comparecencia restrictiva ..... 845
*A. La comparecencia restrictiva obligatoria* ..... 846
*B. La comparecencia restrictiva facultativa* ..... 847
V. EL IMPEDIMENTO DE SALIDA ..... 850
VI. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS PERSONALES ..... 851
1. Aspectos generales ..... 851
2. Las medidas interdictivas ..... 852
3. El internamiento provisional del anormal psíquico ..... 853

## CAPÍTULO XXXVIII
## LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

I. ASPECTOS GENERALES ..... 855
1. Introducción ..... 855
2. La responsabilidad civil ..... 856
3. La multa ..... 860
4. Las consecuencias accesorias: el decomiso ..... 862
II. PRESUPUESTOS Y CLASIFICACIÓN ..... 866
III. EL EMBARGO ..... 869
1. Concepto ..... 869
2. Características y aspectos procedimentales ..... 870
3. Sujetos pasivos de la medida ..... 873
IV. EL SECUESTRO O INCAUTACIÓN DE BIENES ..... 875
1. Aspectos generales ..... 875
2. El secuestro en el Código de 1991 ..... 877
3. El secuestro en el Código de 1940 ..... 879
4. El secuestro en el Código Penal ..... 881
5. El secuestro en la legislación penal especial ..... 882
6. El secuestro, la acción de restitución y la pena de multa ..... 884

V. La inmovilización, la ministración provisional de la posesión y la suspensión de la actividad contaminante ..... 885
1. La inmovilización de bienes muebles ..... 885
2. La recuperación cautelar del bien usurpado o ministración provisional de la posesión ..... 886
3. La suspensión de la actividad contaminante ..... 889

## Capítulo XXXIX
## LA EXCARCELACIÓN

I. Introducción ..... 891
1. Definición ..... 891
2. Notas características ..... 892
3. Modalidades de excarcelación ..... 894
II. La libertad provisional ..... 895
1. Concepto ..... 895
2. Presupuestos ..... 896
*A. Introducción* ..... 896
*B. Variación de la penalidad del hecho* ..... 897
*C. Variación del peligro de fuga o de entorpecimiento* ..... 898
3. Obligaciones accesorias ..... 900
*A. La caución* ..... 900
*B. Las reglas de conducta* ..... 902
4. Procedimiento ..... 904
*A. Oportunidad* ..... 904
*B. Competencia* ..... 904
*C. Trámite* ..... 905
*A. Recursos* ..... 906
III. La libertad vigilada ..... 906
IV. La libertad por exceso del plazo de detención ..... 908
V. La libertad incondicional ..... 909
1. Libertad con los informes finales ..... 909
2. Libertad incondicional ..... 910
VI. Los delitos inexcarcelables ..... 914

# PARTE IX
# LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

## CAPÍTULO XL
## PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS

I. CONSIDERACIONES GENERALES ..... 919
II. EL PROCEDIMIENTO COMÚN–ORDINARIO ..... 922
1. Ámbito de aplicación ..... 922
2. Características generales ..... 924
3. El Código de 1991 ..... 925
III. EL PROCEDIMIENTO SUMARIO O ABREVIADO ..... 926
1. Ámbito de aplicación ..... 926
2. Características generales ..... 928
*A. Bases y fuentes normativas* ..... 928
*B. La instrucción sumaria* ..... 928
*C. La etapa intermedia* ..... 929
*D. La sentencia* ..... 931
*E. La etapa de impugnación* ..... 934
3. EL CÓDIGO DE 1991 ..... 936
IV. EL PROCEDIMIENTO POR FALTAS ..... 937
1. Ámbito de aplicación ..... 937
2. Características generales ..... 939
*A. Procedimiento ante el Juez de Paz Letrado* ..... 940
*B. Procedimiento ante el Juez de Paz No Letrado* ..... 940
*C. Procedimiento recursal* ..... 942
3. El Código de 1991 ..... 942

## CAPÍTULO XLI
## LAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

I. ASPECTOS GENERALES ..... 945
II. EL PROCEDIMIENTO CONTRA ALTOS DIGNATARIOS ..... 946

1. Introducción ..... 946
2. El antejuicio o acusación constitucional ..... 947
3. Competencia y procedimiento ..... 949
4. Otros aspectos de la inmunidad en la Constitución ..... 951
5. El Código de 1991 ..... 952
III. EL PROCEDIMIENTO CONTRA MAGISTRADOS ..... 953
1. La promoción de la acción penal ..... 953
2. Competencia y procedimiento ..... 955
3. El Código de 1991 ..... 956
IV. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS ..... 957
1. Aspectos generales ..... 957
2. La investigación policial ..... 958
3. Técnicas especiales de investigación ..... 960
4. Medidas limitativas de derechos ..... 962
*A. Medidas cautelares personales* ..... 962
*B. Medidas cautelares reales* ..... 963
*C. Medidas instrumentales restrictivas de derechos* ..... 966
4. El tratamiento de la fármaco dependencia del imputado ..... 966
5. La competencia judicial ..... 967
V. EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS FISCALES ..... 968
1. Aspectos generales ..... 968
2. Disposiciones comunes ..... 969
*A. Jurisdicción, competencia y trámite general* ..... 969
*B. Persecución penal y sanción administrativa* ..... 970
*C. Facultad para denunciar delitos* ..... 972
*D. Recompensas para el denunciante* ..... 973
*E. Características singulares del procedimiento penal tributario* ..... 975
3. El procedimiento penal tributario ..... 976
*A. La acción penal* ..... 976
*B. La medida cautelar personal de comparecencia* ..... 978
4. El procedimiento penal aduanero ..... 981
*A. La investigación del delito aduanero* ..... 981
*B. El secuestro o incautación* ..... 983

5. Las modificaciones procesales de la Ley Nº 27038 ..... 985
*A. Introducción* ..... 985
*B. La exención de responsabilidad penal* ..... 986
*C. La notificación al Órgano Administrador del Tributo* ..... 988
*D. La participación del colaborador* ..... 988
VI. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TERRORISMO "CLÁSICO" ..... 989
1. Aspectos generales ..... 989
2. La investigación policial ..... 991
3. Reglas especiales en materia de instrucción y enjuiciamiento ..... 993
*A. El procesamiento penal* ..... 993
*B. Jurisdicción y competencia* ..... 997
VII. EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS AGRAVADOS ..... 998
1. Aspectos generales ..... 998
2. Competencia ..... 999
3. La investigación policial ..... 1000
4. La investigación, enjuiciamiento y fase recursal ..... 1001
*A. Los plazos procesales de las etapas del proceso* ..... 1001
*B. Las medidas cautelares* ..... 1002
*C. Aspectos especiales del procedimiento* ..... 1002
*D. El enjuciamiento* ..... 1003
*E. El recurso de nulidad* ..... 1003
VIII. EL PROCEDIMIENTO CONTRA REOS AUSENTES ..... 1004
1. Aspectos generales ..... 1004
2. Reglas especiales para el ausente y el contumaz ..... 1006

## CAPÍTULO XLII
## LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

I. INTRODUCCIÓN ..... 1011
II. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO PRIVADO ..... 1012
1. Aspectos generales ..... 1012
2. El procedimiento previsto en el Código de 1940 ..... 1014

*A. Estructura del procedimiento* ..... 1014
*B. Incoación del procedimiento* ..... 1014
*C. El comparendo* ..... 1015
*D. Sentencia e impugnación* ..... 1018
*E. La garantía de publicidad* ..... 1018
3. El procedimiento de sumaria investigación ..... 1019
*A. Ámbito y procedimiento* ..... 1019
*B. El procedimiento del delito de provocación pública al delito* ..... 1020
*C. Publicidad del procedimiento de sumaria investigación* ..... 1021
4. El Código de 1991 ..... 1021
III. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA ..... 1022
1. Aspectos generales ..... 1022
*A. Regulación legal y naturaleza jurídica* ..... 1022
*B. Finalidad* ..... 1023
*C. Algunos problemas constitucionales* ..... 1024
2. Ámbito de aplicación ..... 1026
*A. Competencia* ..... 1026
*B. Oportunidad* ..... 1026
*C. Legitimación* ..... 1027
3. Procedimiento ..... 1027
*A. Audiencia especial y privada* ..... 1027
*B. Control jurisdiccional del acuerdo* ..... 1029
*B.1. Control de adecuación típica* ..... 1029
*B.2. Control de la pena y de la reparación civil* ..... 1029
*B.3. Control del fundamento probatorio de la imputación* ..... 1030
*C. La decisión judicial* ..... 1031
*D. Beneficios especiales* ..... 1032
*D.1. Ley Nº 26320* ..... 1032
*D.2. Ley Nº 26441* ..... 1033
4. Problemas de aplicación ..... 1034
*A. Rechazo* in limine *de la solicitud de terminación anticipada* ..... 1034
*B. Exclusión del fiscal y del juez* ..... 1034

*C. Procedimiento principal y terminación anticipada* ..... 1034
*D. Procedimientos complejos* ..... 1035
IV. EL PROCEDIMIENTO POR COLABORACIÓN EFICAZ ..... 1036
1. Aspectos generales ..... 1036
2. Principios del procedimiento ..... 1038
*A. Eficacia* ..... 1039
*B. Proporcionalidad* ..... 1039
*C. Condicionalidad* ..... 1040
*D. Formalidad* ..... 1040
*E. Oportunidad* ..... 1040
3. El Decreto Ley Nº 25582 ..... 1041
4. El Decreto Legislativo Nº 815 ..... 1042
5. El Decreto Legislativo Nº 824 ..... 1044
*A. Aspectos generales* ..... 1044
*B. Derecho penal material* ..... 1045
*C. Lineamientos procesales* ..... 1046
6. El Decreto Legislativo Nº 902 ..... 1048
*A. Derecho penal premial* ..... 1048
*B. Disposiciones procesales* ..... 1050

## CAPÍTULO XLIII
## LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES

I. INCIDENTES PROCESALES ..... 1057
1. Concepto ..... 1057
2. Notas características ..... 1058
3. Clasificación ..... 1059
II. PROCEDIIMENTO INCIDENTAL ..... 1060
1. Aspectos generales ..... 1060
2. Incidentes en la etapa de instrucción ..... 1062
3. Incidentes en la etapa de enjuiciamiento ..... 1064
4. Incidentes en la etapa intermedia ..... 1066

III. CUESTIONES INCIDENTALES ESPECIALES ..... 1067
1. Cuestiones de competencia ..... 1067
2. Cuestiones previas, prejudiciales y excepciones ..... 1068
3. Incidentes de tachas ..... 1068

# PARTE X
# LA EJECUCION PROCESAL PENAL

## CAPÍTULO XLIV
## LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL

I. CONCEPTO ..... 1073
II. NATURALEZA JURÍDICA ..... 1075
III. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PENAL ..... 1076
IV. FUENTES ..... 1078
V. RÉGIMEN JURÍDICO ..... 1078
1. Título de ejecución ..... 1078
2. Órganos de la ejecución ..... 1079
3. Partes en la ejecución ..... 1080
4. Incidentes de ejecución ..... 1082
*A. Revocación de las penas alternativas a la privación de libertad* ..... 1083
*B. Concesión y revocación de beneficios penitenciarios* ..... 1084
*C. Revisión del título ejecutivo por conexión de delitos* ..... 1085
*D. Cesación de la internación y extinción o reducción de la pena* ..... 1087
*E. Ejecución de las consecuencias económicas del delito* ..... 1088
*E.1. De la reparación civil* ..... 1088
*E.2. De las consecuencias accesorias* ..... 1089
*E.3. Del pago de la multa* ..... 1090
*F. Otros incidentes de ejecución* ..... 1092
VI. EJECUCIÓN DE LAS PENAS ..... 1093
1. Pena privativa de libertad ..... 1094
2. Penas restrictivas de libertad ..... 1094
3. Penas limitativas de derechos ..... 1095

4. Condena condicional y reserva del fallo condenatorio ..... 1098
5. Quebrantamiento de las penas sustituidas y convertidas ..... 1099
VII. CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN ..... 1100
1. Causa normal ..... 1100
2. Causas anormales ..... 1101
*A. Muerte del condenado* ..... 1101
*B. Exención de pena* ..... 1102
*C. Derecho de gracia* ..... 1102
*D. Perdón del ofendido* ..... 1104
*E. Prescripción de la pena* ..... 1104
*F. Anulación del título de ejecución* ..... 1105

# ABREVIATURAS Y CONVENCIONALISMOS UTILIZADOS

| | |
|---|---|
| art. / arts. | artículo / artículos |
| CADH | Convención Americana de Derechos Humanos |
| CdePP | Código de Procedimientos Penales de 1940 |
| CEP | Código de Ejecución Penal |
| Código de 1940 | Código de Procedimientos Penales de 1940 |
| Código de 1991 | Código Procesal Penal de 1991 |
| Const. | Constitución Política del Perú |
| CoNA | Código del Niño y de los Adolescentes |
| CP | Código Penal |
| CPC | Código Procesal Civil |
| CPP | Código Procesal Penal de 1991 |
| D. Leg. | Decreto Legislativo |
| DUDH | Declaración Universal de los Derechos Humanos |
| Exp. | Expediente |
| LOMP | Ley Orgánica del Ministerio Público |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| OPP | Ordenanza Procesal Penal de Alemania (*Strafprozeβordnung*, StPO) |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| Proyecto de 1995 | Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| T. | Tomo |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TUO | Texto Único Ordenado |
| v. gr. | *verbi gratia* |
| Vol. | Volumen |

# Parte VI
## DERECHO PROBATORIO

# CAPÍTULO XXIV
# TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

SUMARIO: **I.** Concepto de prueba. **II.** Actos de aportación de hechos: 1. Aspectos generales. 2. Actos de investigación y actos de prueba. 3. Notas esenciales de la actividad probatoria y de la prueba. 4. Prueba anticipada y prueba preconstituida. 5. El atestado policial. **III.** Objeto de la prueba: 1. Objeto de la prueba en abstracto. 2. Objeto de la prueba en concreto. 3. Libertad del objeto de prueba. **IV.** Elemento, órgano y medio de prueba: 1. Elemento de prueba. 2. Órgano de prueba. 3. Medio de prueba. **V.** Actividad probatoria: 1. Concepto. 2. Carga de la prueba. 3. Momentos de la actividad probatoria. **VI.** Clasificación de los medios de prueba.

## I. CONCEPTO DE PRUEBA

Podemos definir la prueba en el proceso penal, como "*la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hecho aportados*" [1]. Al Juez compete, de modo exclusivo, realizar la actividad de verificación mediante comparación de las afirmaciones realizadas por las partes. A estas últimas corresponde colaborar con dicha actividad, aportando las fuentes de prueba al proceso, proponiendo la práctica de concretos medios de prueba, e interviniendo en su realización. La finalidad de la prueba es, siempre, el logro de la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes en el proceso.

El proceso penal, como se sabe, es el marco formal que permite dilucidar la aplicación del *ius puniendi* y sólo a través de él debe descu-

---

[1] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. III (*Proceso penal*), p. 316.

brirse la verdad acerca de los hechos objeto de imputación. Contemporáneamente, la característica central de esta actividad probatoria, que permite llegar a aproximarse a la verdad, la utilización de las novedades técnicas y científicas (especialmente captadas por la prueba pericial), para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios, y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de sus resultados; todo dentro de un marco de respeto a la persona del imputado y de reconocimiento a los derechos a los derechos de todas las partes privadas [2].

Es de tener presente que sin prueba, en tanto no se haya podido reconstruir históricamente los hechos objeto de imputación, no es posible dictar resolución judicial alguna que afecte el entorno jurídico de las partes, en especial del imputado. Es absolutamente necesario que los fallos judiciales se sustenten en pruebas, sujetas a las exigencias que la ley establezca, y que el juez las invoque razonadamente en las resoluciones que emita. En tal virtud, está vedado a la autoridad judicial sustentar su convicción en elementos puramente subjetivos o en un abstracto "sentido de justicia". De igual manera está prohibido al juez formar su convicción sobre cualquier medio de información sobre los hechos: el valor y eficacia de la información está condicionada a su ingreso en el proceso con arreglo a la ley procesal y sin infringir la Constitución.

Lo expuesto permite resaltar la extraordinaria importancia de la prueba. Tres son las razones más relevantes de su importancia, al decir de Jesús Ignacio GARCÍA VALENCIA [3]. En primer lugar, es la *base de la administración de justicia*, pues sin prueba no es posible todos los tópicos que constituyen el objeto del proceso penal. En segundo lugar, *permite la aplicación de las normas jurídicas*, en tanto que el supuesto de hecho de la norma jurídica, a la que une la consecuencia jurídica, necesita acreditarse por medio de la prueba; y, en tercer lugar, *da eficacia al ejercicio del derecho de defensa*, porque cualquier pretensión procesal no puede afirmarse si no se prueba y en tanto las partes puedan probarla defenderán cabalmente sus derechos.

---

[2] CAFFERATA NORES, José Ignacio: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 4.

[3] GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio: *Las pruebas en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, pp. 42–44.

Desde esta perspectiva, como apunta Vincenzo MANZINI [4] la prueba exige el ejercicio de una serie de actos procesales, que se pueden agrupar en tres categorías: *producción*, que es una manifestación de voluntad hecha por las partes dirigida a introducir en el proceso un determinado medio de certeza; *recepción*, que es el hecho de tomar conocimiento del elemento de prueba (dato objetivo o información sobre el objeto procesal) producido en el proceso; y, *valoración*, que es el análisis crítico hecho por el juez y sustentado en la libre convicción o criterio de conciencia acerca del resultado del examen probatorio.

## II. ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS

### 1. ASPECTOS GENERALES

El proceso penal declarativo, en lo esencial, está dividido en dos grandes fases o etapas: la investigación y el enjuiciamiento. En ambas etapas los sujetos procesales introducen hechos, pero su función, acota GIMENO SENDRA, asume una doble función correlativa a la que cumplen estas dos fases: en la primera de ellas, los actos de introducción de hechos asumen como única función la de preparar el juicio oral mediante la comprobación o investigación de la *notitia criminis* en punto a determinar fundamentalmente el hecho punible y su presunto autor; en tanto que, en la segunda, en la fase del juicio oral, la entrada en ella de los hechos tiene como exclusiva función lograr la evidencia necesaria para que el Tribunal dicte sentencia [5].

Es por ello que no cabe comprender en la noción de prueba, como algunos otros autores afirman, dos actividades distintas: la actividad de *averiguación* –propia de la etapa de instrucción– y la de *verificación* –propia del enjuiciamiento– de lo previamente averiguado, puesto que para probar es necesario precedentemente investigar, averiguar, indagar; por consiguiente, se investigan unos hechos para poder realizar afirmaciones en torno a los mismos, y una vez hechas tales afirmaciones es cuando tiene lugar la prueba de las mismas, es decir, la verificación de su exactitud [6].

---

[4] MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1951, T. III, pp. 198–199.

[5] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, pp. 367–368.

[6] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 18.

En vista que el proceso penal nacional, desde la perspectiva constitucional, reconoce una etapa de investigación o instrucción al amparo de los arts. 158º.4 y 166º de la Ley Fundamental (es de recordar que la Constitución en dos artículos denomina a esta etapa con el vocablo de "instrucción", arts. 100º y 118º.21), de cariz reservada (arts. 73º del Código de 1940 y 99º del Código de 1991); y, otra fase de enjuiciamiento, eminentemente pública, que le da razón al proceso judicial mismo, según reza el art. 139º.4 de la Constitución y prescriben los arts. 207º del Código de 1940 y 268º del Código de 1991, la aportación de hechos, común a ambas etapas procesales, asumirá una función de *actos de investigación* durante la instrucción, es decir, de definición de la imputación y de fijación de los hechos, que justificarán el juicio oral; y una función de *actos de prueba* durante el enjuiciamiento, destinado a conseguir el acervo conviccional imprescindible para que el juez emita la sentencia que corresponda.

Como los actos de aportación de hechos tienen como finalidad introducir hechos al proceso, según la fase procesal en que se lleven a cabo éstos se dividen en actos de investigación, típicos de la instrucción, y actos de prueba, propios del debate oral.

## 2. ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA

La regulación de los actos de aportación de hechos es de suma importancia, pues tratándose de actos procesales, se encuentran sometidos a requisitos y condiciones legales de eficacia que es del caso observar para poder sustentar en ellos alguna decisión de relevancia procesal.

ORTELLS RAMOS reconoce cinco diferencias entre actos de investigación y actos de prueba [7]. Son las siguientes:

*A)* En *primer término*, hay una diferencia estructural. El acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación. Presupone la previa realización de tal afirmación que se convierte en el objeto de la prueba. El acto de investigación se refiere a una hipótesis y persigue alcanzar el conocimiento de los hechos, para determinar si luego puede hacerse una afirmación y qué afirmación sobre esos hechos. Este último es condición del primero.

[7] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisprudencial*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, pp. 173–176.

*B)* En *segundo término*, la eficacia jurídica del acto de investigación consiste en proveer el fundamento para que se dicten resoluciones de imputación, de medidas limitativas de derechos y autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento. La eficacia del acto de prueba, por el contrario, es la de servir de fundamento a la sentencia, que el órgano jurisdiccional debe dictar según su criterio de conciencia.

*C)* En *tercer término*, las resoluciones instructoras y de la fase intermedia se apoyan en un juicio de mera probabilidad acerca de la responsabilidad penal de una persona. Sólo la plena convicción de lo contrario excluye que esas resoluciones se dicten en sentido positivo. Con la sentencia, dictada tras un juicio oral, público y contradictorio, ocurre al revés: sólo la plena convicción sobre la responsabilidad penal permite condenas, mientras que un juicio de mera probabilidad debe conducir a la absolución, en virtud del derecho a la presunción de inocencia (art. 2º.24. 'e' Const.).

*D)* En *cuarto término*, la distinta importancia de cada clase de acto justifica un diferente régimen jurídico en su práctica. Si bien en el proceso penal moderno la contradicción se ha impuesto en los actos de instrucción (arts. 211º y 226º del Código de 1991, para los casos de testimoniales y exámenes periciales), ello no tiene una vigencia absoluta. En efecto, es de advertir que, por ejemplo, la instructiva no acepta el concurso del actor civil, el imputado puede ser impedido de estar presente en la declaración del testigo (art. 157º del Código de 1940), la diligencia de levantamiento del cadáver –en tanto modalidad preliminar de inspección ocular– no permite el concurso del imputado, el que ni siquiera puede existir en ese momento; el examen pericial no requiere necesariamente la participación de las partes (art. 168º del Código de 1940).

Desde esa misma perspectiva, no debe olvidarse la posibilidad de declarar el secreto de la instrucción, a fin de asegurar las fuentes de prueba, ni los actos urgentes de la policía judicial que importan "*constataciones*", bajo el supuesto de lo que se denomina "*delitos testimoniales o cuasi flagrantes*" (inspecciones *in situ*, detenciones en flagrancia, incautaciones o secuestros y reconocimientos).

Para los actos de prueba, en cambio, la contradicción es plena. Se exige: **1.** El concurso obligatorio de las partes necesarias cuando menos; **2.** La defensa obligatoria para el imputado; **3.** El interrogatorio cruzado por las partes al órgano de prueba, esto es, a los testigos y peritos (el

Código de 1940, incomprensiblemente, impone un *cross examination* mediatizado o indirecto para las partes privadas); **4.** La declaración del acusado ante todas las partes; y, **5.** La imposibilidad de declarar el secreto del juicio, impidiendo que alguna de ellas sea prohibida de presenciar e intervenir en momento alguno del debate.

Es de poner muy en claro que los actos de prueba no son una mera repetición de los actos de investigación, sino que su propia mecánica de desarrollo es distinta; de ahí que en el juicio oral no se trata simplemente de corroborar, confirmar o ratificar lo practicado durante el sumario. El material probatorio que se obtiene en el juicio oral es fruto de la actividad de todas las partes y del Tribunal; mientras que en los actos de investigación el protagonismo corresponde al órgano judicial instructor, no siendo obligatoria la concurrencia de las partes y su presencia tiene un carácter secundario o complementario [8].

*E)* En *quinto término,* el acto de investigación, en cuanto acto de un procedimiento dirigido, ya sea por un juez distinto del que va a sentenciar o, con mayor razón, por un fiscal o un miembro de la Policía Judicial, no puede confundirse con un acto de prueba, porque con tal finalidad sería necesario utilizar la documentación del acto de investigación y ello no puede hacerse de modo general, sino muy excepcionalmente. En ese caso, como lamentablemente postula el Código de 1940, el juicio sería leído y no oral, con manifiesto olvido de los diferentes regímenes jurídicos, diferentes funciones y diferente eficacia jurídica de ambos clases de actos de aportación de hechos.

El Código de 1940, sin embargo, en el Título III "Audiencias" menciona la lectura: **1.** De la declaración –obviamente judicial– de los testigos que no asistan al debate y sobre cuya concurrencia no insista el Tribunal, así como las demás testimoniales que pidan las partes (art. 253º); y, **2.** De la prueba instrumental (art. 262º), que evidentemente comprende: **a)** las actas labradas por la Policía Judicial, documentos en general (testimonios, escrituras, contratos, certificaciones, libros, etc.), incluyendo fotografías, videos o cintas magnetofónicas; **b)** las actas judiciales irreproducibles (inspección ocular, levantamiento de cadáver, toma de

[8] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal,* cit., pp. 274–275.

muestras o huellas, reconstrucción, reconocimiento, ingreso y registro domiciliario, intervención e inspección personal, intervención de las comunicaciones); y, **c)** los informes o dictámenes periciales (art. 259º).

Adicionalmente, a tono con el alcance inusitado con que fue regulada la etapa de instrucción por el art. 72º, se permite la apreciación al juez de fallo de "...los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción" (art. 280º, Título VI "Sentencias"), lo que ha sido interpretado extensiva y no restrictivamente, como recomienda la mejor doctrina sobre el tema y, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al desarrollar el concepto de "juicio justo y equitativo" (*STEDH, Caso Bonisch, de 6 de mayo de 1986*).

### 3. NOTAS ESENCIALES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y DE LA PRUEBA

La actividad probatoria, en rigor, consta de tres grandes notas esenciales: **1.** Es una *actividad distinta de la actividad propiamente de investigación* o indagación de los hechos, que es anterior a la probatoria y permite posibilitar que las partes realicen sus afirmaciones en torno a los hechos investigados. **2.** Es una *actividad de comprobación*, puesto que se encuentra destinada a verificar las afirmaciones realizadas por las partes y, como tal, compete exclusivamente al órgano jurisdiccional. **3.** Pretende que el juzgador se convenza de la exactitud, positiva o negativa, de las afirmaciones fácticas formuladas por las partes [9].

Los actos de prueba, para ser tales, exigen al decir de GIMENO SENDRA [10], de las siguientes características jurídicas esenciales:

***A)*** La intervención de un órgano jurisdiccional imparcial e institucionalmente dotado de independencia; en consecuencia, el principio rector en esta materia –sin perjuicio de las excepciones que a continuación se precisarán– es que los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la inmediación del tribunal y mediante el contradictorio.

***B)*** La actividad probatoria debe estar presidida por los principios de contradicción e igualdad, así como por todo el conjunto de garantías

---

[9] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 102.

[10] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 374–375.

constitucionales y ordinarias tendentes a garantizar la libertad o espontaneidad de las declaraciones de las partes, testigos y peritos. La obtención de la convicción judicial requiere la instauración del contradictorio en un juicio oral y público, en el que las partes con igualdad de armas estén en condiciones de convencer al tribunal sentenciador. La publicidad es una garantía de directa relevancia constitucional (art. 139º.4 Const.), que no se explica sino en la actividad probatoria, para lo cual requiere el concurso inescindible de la oralidad y la inmediación, pues es al juez sentenciador al que debe convencerse acerca de la existencia del delito y de la culpabilidad del imputado.

*C)* El estricto respeto de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales y de la ley en su obtención, aseguramiento y diligenciamiento; la actividad probatoria debe realizarse a través de medios lícitos de prueba.

## 4. PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA

### *A. Concepto*

Sostiene TOME GARCÍA, con toda razón, que la regla general de que la prueba en el proceso penal únicamente tiene lugar en el juicio oral, no comporta que haya de negarse eficacia probatoria a las diligencias realizadas en las fases de instrucción e intermedia, siempre que hayan sido practicadas conforme a las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos [11].

Cuando por la fugacidad de los hechos no sea posible su reproducción en el ulterior juicio oral, deviene necesario que el Juez Penal –en tanto sea éste el titular de la investigación–, el Fiscal o, incluso la Policía Judicial, procedan al *aseguramiento de la prueba*, bien practicándola directamente bajo la inmediación del Juez Penal (el Código de 1991 también permite que en la fase intermedia se realice actividad probatoria de urgencia a cargo de un Juez cuando no sea posible que se realice en el acto oral) o bien asegurando las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su

[11] En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 445.

día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento. Estos dos cometidos concretos del aseguramiento de la prueba, apunta GIMENO SENDRA [12], definen los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida, que sin embargo –recuerda ALMAGRO NOSETE [13]– no alcanzan a cualquier acto de investigación, sino tan sólo respecto a los cuales se prevea la imposible reproducción en el juicio oral, siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción.

Lo expuesto no hace sino concluir que la remisión exclusiva a las pruebas practicadas en el juicio supondría esterilizar el ordenamiento procesal y suministrar, en la práctica generalidad de los casos, una patente de impunidad a la acción delictiva, ignorando los derechos de la sociedad; de ahí que la jurisprudencia ha fijado progresivamente el campo propio de la prueba válida, suficiente y regularmente obtenida, capaz de enervar la presunción de inocencia [14].

Debemos entender por *prueba anticipada*, aquella practicada siempre con intervención del juez Penal o Tribunal y con posibilidad de someterla a contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudieran motivar su suspensión, esto es, cuando no sean reproducibles en el acto oral o cuando siendo por naturaleza reproducibles, como es la declaración testifical, concurren circunstancias fundadas que impiden practicarlas en el plenario [15]. *Prueba preconstituida* es aquella prueba practicada tanto antes del inicio formal del proceso penal –en la denominada fase preprocesal– cuanto en la propia fase de investigación, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción [16].

---

[12] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 375.

[13] ALMAGRO NOSETE, José: «Teoría general de la prueba en el proceso penal», en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992, pp. 24–25.

[14] BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: *Valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, Civitas, Madrid, 1992, p. 196.

[15] HERNÁNDEZ GIL, Francisco: «La prueba preconstituida», en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales (Colección Cursos), Madrid, 1993, p. 83.

[16] HERNÁNDEZ GIL: «La prueba preconstituida», cit., p. 84.

*B. Requisitos*

Los requisitos que han de cumplir dichos actos: uno de carácter material, vinculado a la irrepetibilidad del hecho; otro de carácter subjetivo, referido a la intervención judicial y a la posibilidad de contradicción; y el último de carácter formal, que importa la lectura de documentos.

*B.1) La irrepetibilidad del hecho*

La prueba anticipada y la prueba preconstituida tienen como característica común su irrepetibilidad, es decir, no han de poder ser reproducidas en el juicio oral. Ello ocurre cuando se presentan circunstancias excepcionales debidamente acreditadas que impiden la concurrencia del testigo o perito al acto oral, tales como enfermedad, fallecimiento o peligro de ausencia, desde que el art. 8º.2.f) de la CADH consagra el derecho del acusado de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él.

*B.2) La intervención judicial y la posibilidad de contradicción*

La imparcialidad y la independencia son características inherentes de quien dirige la actividad probatoria y ello sólo puede ser cumplido por la autoridad judicial (el Ministerio Público si bien es un órgano constitucional independiente no puede ser considerado imparcial por su posición acusadora en el proceso penal). Por otro lado, esas diligencias de instrucción necesitan actuarse con posibilidad de contradictorio: citación de las partes y plena intervención de ellas én su actuación. Empero, la doctrina considera que en determinados casos no es exigible una contradicción efectiva, como ocurre, por ejemplo, en las diligencias de allanamiento, incautación, inspecciones oculares preliminares, levantamiento de cadáver y otras similares, en las que sólo se exige las garantías de actuación previstas en la Constitución y la Ley: son los casos de prueba instructora preconstituida.

*B.3) La lectura de documentos*

Ambas pruebas excepcionales deben ser introducidas al juicio oral a través del trámite de lectura de documentos u oralización de medios probatorios, contemplado en los arts. 262º del Código de 1940 y 283º del Código de 1991. La finalidad de dicha lectura, acota GIMENO SENDRA, consiste, de un lado, en posibilitar la contradicción por las propias partes y, de otro, impedir que, a través del principio de examen de oficio de la prueba documen-

tal, pueda introducirse, en calidad de prueba, todos los actos de investigación que naturalmente quedan plasmados en las oportunas actas [17].

El Código de 1940, lamentablemente, no asume estas consideraciones para diferenciar claramente entre actos de prueba y actos de investigación. Otorga, como ya se apuntó, carácter de *acto de prueba* a toda diligencia sumarial, lo que viola la garantía de publicidad y el derecho de defensa, al lesionar no sólo el principio de igualdad de armas sino esencialmente el de contradicción. El Código de 1991 no trae innovaciones sobre el particular; el art. 264º califica de "pruebas" las diligencias sumariales, al punto que se limita a autorizar su "*ampliación*" en el acto oral, siempre que "su deficiente actuación hubiera limitado el debido esclarecimiento de los hechos", mientras que el art. 283º no pone límites a la oralización de los medios probatorios. La situación recién ha sido corregida en el Proyecto de 1995, al identificar bajo una óptica restrictiva lo que puede leerse en el acto oral.

## 5. El atestado policial

### *A. Aspectos dogmáticos generales*

Las diligencias de la Policía Judicial plasmadas en un Atestado Policial no pueden calificarse, en su conjunto, como meras denuncias y, por tanto, inadecuadas para enervar la presunción de inocencia. Señala Burgos Ladrón de Guevara [18], siguiendo la jurisprudencia española (recuérdese que la noción del Atestado Policial tiene como fuente la legislación hispana), que es de distinguir tres clases de actuaciones en el Atestado Policial: **1.** Declaraciones o manifestaciones de los imputados o testigos o identificación en rueda, que tienen el valor de mera denuncia. **2.** Dictámenes o informes emitidos por los laboratorios científicos policiales, que ostentan la condición de prueba pericial, sobre todo si son ratificados en sede judicial. **3.** Diligencias objetivas y no reproducibles en juicio oral, como pueden ser las diligencias de inspección, revisión, incautación, hallazgo, pesaje, allanamiento, etc., practicadas con las formalidades legales que son *verdaderas pruebas.*

---

[17] Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 378.

[18] Burgos Ladrón de Guevara: *Valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, cit., p. 156.

En principio, como ya se dejó anotado, los Atestados Policiales no constituyen medios de prueba porque carecen de los requisitos de inmediación y contradicción que diferencia un acto de prueba de un mero acto de investigación, ni siquiera son diligencias sumariales en sentido estricto. Al respecto, ORTELLS RAMOS ha precisado que el Atestado Policial, como tal, es un "objeto de prueba" y que las declaraciones que se vierten en él tampoco son medios de prueba, resultando necesario al efecto que, por ser declaraciones testificales, las presten en el juicio oral [19].

En la misma lógica apuntada, Antonio RIVES SEVA considera que deben tener una consideración diferente, de prueba preconstituida, en primer lugar, los *informes técnicos de los laboratorios científicos policiales*, pues tienen un valor probatorio por sí mismos, siempre que hayan sido practicadas con las necesarias garantías; y, en segundo lugar, determinadas diligencias denominadas "*actos de constancia*" y los casos de *delitos cuasiflagrantes o testimoniales*. En cuanto a lo primero, se trata de todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, etc., se limitan a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa; pero para ello es necesario que existan razones de urgencia en la intervención policial, pues la Policía Judicial actúa en tales diligencias "a prevención" de la autoridad judicial. Respecto a lo segundo, se trata de aquellos delitos caracterizados por la presunción de credibilidad en cuanto a su existencia, al ser su característica la inseparable percepción directa de los policías de los hechos cometidos o acabados de cometer: la presunción de veracidad se convierte en evidencia cuando a la vez es aprehendido el cuerpo del delito [20].

Los actos de constatación realizados por la Policía, cuando actúa en función de Policía Judicial, tienen más trascendencia que similares actos realizados por el Juez y por el Tribunal; su importancia deriva del hecho de que se refieren a estados de cosas que, por su proximidad al delito, proporcionan datos especialmente reveladores sobre la existencia y naturaleza del hecho delictivo, y de que se trata, por otro lado, de estados de cosas efímeros, que la mayor parte de las veces, se alteran profun-

---

[19] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, p. 327.

[20] RIVES SEVA, Alfonso Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 41–42.

damente como consecuencia de la misma intervención policial y que, por eso, no pueden ser normalmente objeto de reconocimiento por parte del Juez Penal y, menos aún, por parte del Tribunal sentenciador [21].

Sin embargo, es de tener en cuenta, que dichos actos no son prueba documental, ni tampoco pueden, al no ser diligencias sumariales, acceder al juicio mediante la lectura prevista por los arts. 262º del Código de 1940 y 283º del Código de 1991, basándose en que se refieren a actuaciones irreproducibles en el juicio oral. Para que dichos actos puedan ser tenidos en cuenta, han de entrar en el proceso en virtud de actos propiamente procesales, aplicándose entonces las reglas que disciplinan la eficacia probatoria de estos últimos, esto es, mediante declaraciones testificales de los agentes que los realizaron, en virtud de los cuales ratifican, a presencia judicial, sus percepciones sobre estados de cosas coetáneos o inmediatamente posteriores a la comisión del delito documentadas en el Atestado [22].

*B. Legislación nacional*

El Código de 1991, en la concordancia de sus arts. 111º–113º, implícitamente volvió al texto originario del art. 62º del Código de 1940 y, en armonía con el derecho comparado, calificó el atestado como un documento con un valor de mera denuncia (el Proyecto de Código de 1995 es explícito al respecto, art. 118º *in fine*), situación que, en todo caso, ha sido matizada por la jurisprudencia de los países europeos de nuestro entorno cultural. La jurisprudencia nacional de ese entonces señalaba que "... el atestado policial sólo tiene la calidad de denuncia, por lo tanto lo actuado en dicha pieza no puede tener legalmente valor probatorio" [23].

La legislación nacional dio dos vuelcos importantes sobre la materia. En un *primer momento,* con la entrada en vigor del Decreto Legislativo Nº 126, de 12 de junio de 1981, se señaló que la investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con la intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio (art. 62º). Sobre esa base, el

---

[21] VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal,* La Ley, Madrid, 1993, pp. 367–368.

[22] VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal,* cit., p. 372.

[23] *Revista de Jurisprudencia Peruana,* Nº 341, Lima, 1972, p. 754; también en: ANDÍA CHÁVEZ, Juan: *Repertorio de jurisprudencia penal,* Grijley, Lima, 1996, p. 32.

Alto Tribunal precisó que "... Para que las manifestaciones policiales constituyan elementos probatorios es necesario que sean presentados con la presencia del Ministerio Público, pudiendo estar presente el abogado defensor del denunciado. Las declaraciones policiales autoinculpatorias sin ese requisito y desmentidas judiciales, sin elementos de probanza alguna, no justifica una condena" [24]. En un *segundo momento,* la Ley Nº 24388, de 3 de diciembre de 1985, prescribió que las diligencias actuadas en la etapa policial (*sic*) con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento (art. 72º).

Las normas modificatorias citadas no se refieren únicamente a las diligencias de constatación que permitan la posibilidad de control fiscal e intervención de la defensa (el Ministerio Público con la nueva Constitución se convierte en director jurídico funcional de la actividad policial de averiguación de los delitos, pero no en notario de sus actos). Además, otorgan fuerza probatoria autónoma, como si fuera un acto procesal y no "a prevención" y, además, preconstituido e irreproducible, negando las ideas fuerza de urgencia, de constatación y de irrepetibilidad, a las declaraciones de los implicados, agraviados o denunciantes y testigos en general (pruebas personales). Por otro lado, al amparo de la modificación del art. 61º dispuesta por el Decreto Ley Nº 21895, de 2 de agosto de 1987, se impide la necesidad de convocar al instructor del Atestado Policial para que declare testimonialmente en sede judicial.

Las dos primeras normas, pese al profundo error jurídico que entrañan, tienen un correlato formal que es del caso desarrollar para limitar los efectos más intensamente perturbadores a la garantía del debido proceso y al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es indispensable para preconstituir prueba que la manifestación policial –sea del implicado, de la víctima o de un testigo– cuente con la concurrencia de dos sujetos procesales: el fiscal y el defensor del presunto implicado. Si ambos o alguno de ellos no está presente, sencillamente es un acto inidóneo para fundar en él una referencia concreta en un fallo judicial.

[24] Ejecutoria suprema de 13 de agosto de 1985 (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 242).

Al respecto, la Corte Suprema en una ocasión precisó que la confesión policial es aceptable siempre que en su desarrollo participen los abogados y el Fiscal Provincial [25]. En otra decisión fue igualmente concluyente al sostener: "...no obstante haber aceptado el imputado los cargos policialmente, dicha declaración sólo es referencial por no haber contado con la presencia del Fiscal Provincial y abogado defensor [26]. Finalmente, en una Ejecutoria suprema del 11 de junio de 1990, el máximo Tribunal sentó la siguiente doctrina jurisprudencial: "...la presencia del Fiscal Provincial no garantiza los momentos anteriores a la manifestación en los que pueden ejercitarse actos coaccionantes, más aún si no se contó con la presencia de un defensor, por lo que la manifestación policial no constituye prueba" [27].

El citado art. 72º *in fine* del Código de 1940, obviamente, no comprende las diligencias de constatación de urgencia ni los informes técnicos o periciales del Laboratorio de Criminalística o del Instituto de Medicina Legal. La Corte Superior de Lima no califica de diligencias de constatación de urgencia a la inspección técnico policial en los delitos de usurpación, por lo que si a ellas no concurre el Ministerio Público no constituye prueba [27 *bis*].

En ambos casos, esto es, en las diligencias de constatación y en los informes técnicos, para cumplir con los principios del contradictorio y de la inmediación, deberá citarse a los peritos–policias y a los médicos legistas para el examen pericial respectivo, así como a los policías que dirigieron o intervinieron en la diligencia de constatación. Es de recordar en este último punto que el art. 267º hace mención a la posible lectura de la prueba instrumental, que el art. 252º únicamente comprende a los testigos que han declarado en la etapa de instrucción y que el art. 280º prescribe que el juez sentenciador apreciará "... los testimonios, peritajes y *actuaciones de la instrucción*", es decir, deja al margen a las diligencias policiales, por lo que resulta forzoso para valorarlas y cumplir

---

[25] Ejecutoria suprema de 22 de diciembre de 1988, Exp. Nº 755–88, Lambayeque (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 296–298).

[26] Ejecutoria suprema de 24 de julio de 1989, Exp. Nº 198–89, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 241–242).

[27] Exp. Nº 100/89. Lima (*Normas Legales*, T. 205, junio, 1993, pp. 485–488).

[27 *bis*] Ejecutoria Superior de Lima de 30 de junio de 1997, Exp. Nº 2873–97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima 1999, p. 313).

con el contradictorio que los policías que las dirigieron declaren en el acto oral. En todo caso, como ha señalado el Alto Tribunal "La idoneidad probatoria del atestado policial se aprecia en la etapa de juzgamiento. Las impugnaciones contra el atestado policial no dan lugar a incidencia alguna, pues la valoración de hechos y pruebas se efectúa oportunamente" [28].

En este último punto, nuestro Supremo Tribunal no ha sido especialmente creativo en defensa de los fueros judiciales. Con la legislación primigenia, que calificaba el Atestado Policial como mera denuncia, introdujo sin embargo un matiz muy parecido a lo apuntado líneas arriba. En efecto, en la Ejecutoria de fecha 3 de enero de 1972, precisó que "... si bien los atestados son instrumentos en que la autoridad policial instruye como preliminares de un sumario, determinadas averiguaciones relacionadas a alguna imputación delictuosa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 62º del CPP sólo se consideran denuncias para los efectos legales; dicha disposición se refiere al cuerpo mismo del atestado, mas no a los elementos de prueba y efectos de que la policía se hubiese incautado" [29].

## III. OBJETO DE LA PRUEBA.

Se entiende por objeto de la prueba los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación [30]. Es aquello susceptible de ser probado; *aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba* [31].

El objeto de la prueba puede analizarse en abstracto y en concreto. *En abstracto*, el objeto comprende la determinación de las cosas que pueden probarse, es decir, la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal, de la aptitud procesal de prueba. *En concreto*, el objeto comprende la determinación los requisitos del objeto de prueba en relación con un caso particular [32].

---

[28] Ejecutoria suprema de 25 de noviembre de 1988 (*Gaceta Jurídica*, T. 13, Lima, 1995, p. 17–A; ANDÍA CHÁVEZ: *Repertorio de jurisprudencia penal*, cit., p. 32).

[29] Ejecutoria suprema de 3 de enero de 1973, Exp. Nº 1429–72, La Libertad (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 182–183).

[30] FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1976, T. I, p. 98.

[31] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 22.

[32] FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 96.

## 1. OBJETO DE LA PRUEBA EN ABSTRACTO

Señala CAFFERATA NORES que la prueba puede recaer sobre hechos naturales o humanos, físicos o psíquicos, así como también sobre la existencia y cualidades de personas, cosas y lugares [33].

El art. 192º del Código de 1991 señala que no son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, lo que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

Se entiende por *máximas de la experiencia*, los principios o juicios generales derivados de la observación de la ocurrencia de los fenómenos que pueden ser de conocimiento común o limitado a quienes profesan una determinada ciencia o arte [34]. No se prueban, al decir de DEVIS ECHANDÍA, porque son medios de indagación de hechos, son entidades abstractas y no hechos, son medio de explicación de hechos y su enunciado no necesita demostración probatoria sin perjuicio de que se necesite dictamen pericial si su conocimiento es limitado a especialistas [35]. Dentro de estos principios, sin duda, están comprendidas las leyes naturales, científicas, artísticas, sociales, etc.

La norma jurídica vigente, al deber ser conocidas por jueces y fiscales, así como por abogados, obviamente no se prueba. Se trata, apunta MIXÁN MASS, de un deber jurídico inexcusable [36]. Tampoco se prueba lo que es objeto de cosa juzgada, en vista que no es posible reabrir actividad probatoria sobre unos hechos que ya han sido objeto de una decisión judicial firme, lo que constituye una garantía procesal específica, contemplada en el art. 14º.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta exclusión de la prueba de determinados hechos se sustenta en razones de seguridad jurídica.

Lo imposible es aquello que puede resultar de la inexistencia de lo que se propone como tema o como medio de prueba o que siendo ad-

---

[33] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 22.

[34] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 100.

[35] DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976, pp. 73–74.

[36] MIXÁN MASS, Florencio: *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, BLG, Trujillo, 1996, p. 355.

misible según la creencia o la intuición no es posible su demostración o se trata de probar algo que es contrario a una ley natural o una regla de experiencia. El hecho imposible es, en fin, el hecho que no puede tener concreción en la realidad por ser contrario a las leyes naturales o no puede establecerse en el mundo de los fenómenos. MIXÁN MASS propone como ejemplo de esta imposibilidad: ordenar la testimonial de una persona ya fallecida, pretender demostrar que el imputado ha cometido el delito por instigación del diablo, o que el delincuente usa su poder mental para secar momentáneamente el río Amazonas, pasar a la otra ribera donde perpetró el delito y luego retornar a la rivera de origen, etc. [37].

Finalmente, lo notorio significa lo evidente e incontrovertible; la sola percepción del hecho en sí lo revela como cierto o indiscutible. Se trata de hechos que pertenecen al patrimonio común del ciudadano. MANZINI precisa que los hechos notorios no necesitan prueba, puesto que sólo constituyen objeto de prueba los hechos que puedan dar lugar a duda, o sea que exijan una comprobación; al respecto pone como ejemplo dos supuestos contundentes: si un hombre se mueve, habla, etc., no hacen falta pruebas para demostrar que está vivo; si se encuentra un cuerpo humano putrefacto, ni un filósofo siquiera podría poner en duda que se trate de un cadáver [38].

### 2. OBJETO DE LA PRUEBA EN CONCRETO

En un proceso penal determinado deberán probarse, aun cuando no exista controversia al respecto, la existencia del hecho delictivo mismo, las circunstancias y móviles de su comisión, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado (arts. 72º del Código de 1940 y 91º del Código de 1991).

Además, es menester probar si el agente ha sufrido alguna carencia social, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o las personas que de ella dependen (art. 45º CP). También es objeto de prueba el conjunto de factores que dicen de la entidad del injusto y de la culpabilidad por el hecho a que hacen referencia el art. 46º del Código Penal.

---

[37] MIXÁN MASS, Florencio: *La prueba en el procedimiento penal,* Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, T. IV–A, pp. 188–189.

[38] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal,* cit., T. III, pp. 204–205.

### 3. LIBERTAD DEL OBJETO DE PRUEBA

En atención a la propia naturaleza del proceso penal cuyo norte es la búsqueda de la verdad efectiva e histórica, el criterio orientador es la libertad acerca del objeto de prueba. En principio, todo hecho penalmente relevante se puede probar y por cualquier medio. Sin embargo, como destaca Eugenio FLORIÁN, se presentan algunas limitaciones de índole formal, enunciadas en la ley, que excluyen expresamente ciertos hechos del campo de la prueba y les niega en forma absoluta o relativa la aptitud para ser probados procesalmente [39].

La prohibición de probar ciertos hechos puede ser absoluta o relativa, según que impida cualquier prueba del hecho, o sólo la que se adelanta mediante determinados medios.

CAFFERATA NORES apunta dos excepciones necesarias a la libertad probatoria. La primera se refiere a la regla de la pertinencia: la prueba no podrá recaer sobre hechos o circunstancias que no estén relacionados con la hipótesis que originó el proceso, de modo directo o indirecto. La segunda se refiere a lo que se denomina *prohibiciones especiales*, que se refieren a ciertos temas vedados por expresa disposición legal, constituyendo un ejemplo la prohibición de prueba de la verdad de la difamación en los supuestos excluidos del art. 134º del Código Penal [40].

Una prohibición que fluye del art. 79º del Código Penal se refiere a la sentencia civil que ha declarado lícito el hecho imputado como delito. No se trata, en este caso, de que se traslade al campo penal las pruebas recogidas en el campo civil, sino lo que vale, apunta Eugenio FLORIÁN, es ciertamente la sentencia que ha apreciado esas pruebas y que conforme a ellas ha juzgado sobre un punto decisivo para la existencia del delito [41].

## IV. ELEMENTO, ÓRGANO Y MEDIO DE PRUEBA

El fenómeno de la prueba, además del objeto de la prueba, comprende otros tres aspectos: elemento, órgano y medio de prueba.

---

[39] FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 147.

[40] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 25.

[41] FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 167.

## 1. ELEMENTO DE PRUEBA

Se define como *elemento de prueba*, siguiendo a Alfredo VÉLEZ MARICONDE, todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva [42]. MANZINI, a su vez, expone que *elemento de prueba* es el hecho y circunstancias en que se funda la convicción del juez [43].

Cuatro son los caracteres del elemento de prueba: objetividad, legalidad, relevancia y pertinencia.

### *A. Objetividad*

El dato o información debe provenir del mundo externo al proceso. Su trayectoria debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes.

### *B. Legalidad*

La información debe ingresar al proceso siguiendo las prescripciones de la ley. Deben tomarse en consideración, en primer, el modo cómo se obtiene el elemento de prueba, y, en segundo lugar, el modo cómo se incorpora al proceso. Las ilegalidades sobre el particular serán estudiadas en un capítulo independiente.

### *C. Relevancia*

El elemento de prueba será tal, no sólo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho objeto de imputación, sino también cuanto permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad o suficiencia, necesario en este caso para procesar penalmente a una persona, para dictar mandato de detención o para formular acusación y emitir el auto de enjuiciamiento. A esta idoneidad conviccional se conoce, apunta CAFFERATA NORES, como "relevancia" o utilidad de la prueba. Este concepto, en suma, da idea de importancia de la prueba que se pretende introducir con relación al fin probatorio propuesto.

---

[42] Citado por CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 14.

[43] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 208.

*D. Pertinencia*

Debe existir una relación entre los extremos objetivo y subjetivo de la imputación, así como con el hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (arts. 191º del Código de 1991 y 45º y 46º del Código Penal). CLARIÁ OLMEDO dice al respecto que la *pertinencia* indica referencia del elemento probatorio al hecho que en el proceso debe probarse para determinar la responsabilidad; exige vinculación o ligamen entre uno y otro en cualquier grado, siendo impertinente la prueba cuando el dicho, el dictamen, el documento o la cosa que se pretende introducir, es totalmente ajeno al hecho incriminado [44].

2. ÓRGANO DE PRUEBA

FLORIÁN define al *órgano de prueba* como la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de la prueba, es decir, por medio de la cual dicho objeto llega al conocimiento del juez y eventualmente de los demás sujetos procesales [45]. Su función, enfatiza GARCÍA VALENCIA, es trasmitir al juez el conocimiento sobre el objeto de la prueba [46].

Entre ellos debemos mencionar al testigo y al perito. La información que aportan al proceso, el elemento probatorio, se realiza a través de un medio probatorio; con el testigo se practica el testimonio mientras que el perito rinde el dictamen o informe pericial.

3. MEDIO DE PRUEBA

*A. Concepto*

Se entiende por *medio de prueba* el procedimiento destinado a poner el objeto de prueba –en rigor, el elemento de prueba– al alcance del juzgador. Se trata de elaboraciones legales destinadas a proporcionar garantía y eficacia para el descubrimiento de la verdad, y constituyen un nexo de unión entre el objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre ese objeto [47].

---

[44] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1962, T. V, p. 27.

[45] FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 174.

[46] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 93.

[47] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 31.

La ley regula taxativamente los medios de prueba. Indica cómo éstos deben practicarse durante la tramitación del proceso. Sin perjuicio de su enumeración taxativa, también es posible acudir a medios de prueba distintos de los regulados, "siempre que no supriman las facultades y garantías de las personas reglamentadas en la ley procesal o afecten el sistema institucional", utilizándose analógicamente el medio de prueba que resulte mas afín al aplicado.

*B. Limitación a la utilización de medios*

El proceso penal está sometido a la máxima de la libertad probatoria, en la medida en que persigue alcanzar la verdad real o forense. En tal virtud, todo se puede probar por cualquier medio de prueba. Pero la libertad de los medios no implica libertad del procedimiento, porque se convertiría en arbitrariedad judicial con menoscabo de las garantías de las partes [48].

Es de destacar, en primer lugar, que la ley procesal penal no exige la utilización de un medio determinado para probar un objeto específico; en segundo lugar, es posible utilizar con esta finalidad un medio probatorio no reglamentado, incorporado en el caso concreto sobre pautas analógicas al medio más parecido; en tercer lugar, se debe observar las disposiciones que afirmen los principios del contradictorio efectivo, inmediación judicial y publicidad, con las excepciones fijadas para la prueba anticipada y preconstituida.

Por otro lado, la ley reconoce excepciones a la libertad de medios probatorios. Así tenemos: **1.** No se admiten medios de prueba que vulneren la Constitución e incompatibles con el sistema procesal implantado por el Código (v. gr.: juramento decisorio), así como los no reconocidos por la ciencia o que puedan afectar la integridad física o psíquica de las personas (v. gr.: adivinación, sueros de la verdad, etc.). **2.** La ley puede exigir determinados medios de prueba para acreditar un hecho (v. gr.: pericia para determinar la anomalía psíquica del imputado). **3.** Según opinión mayoritaria, aun cuando esta posición no puede ser sobrevalorada, al decir de Julio MAIER, no rigen todas las limitaciones probatorias del Derecho privado, ello en vista de las diferencias ínsitas en ambas ramas del derecho [49].

---

[48] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 32.

[49] MAIER, JULIO B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T. I –b, pp. 587–588.

*C. Comunidad de la prueba*

La regla de la comunidad de la prueba surge como consecuencia del principio de adquisición procesal. CLARIÁ OLMEDO señala que como consecuencia de esta regla, cada una de las partes pueden utilizar, en beneficio del interés que pretende hacer prevalecer en el proceso, los medios de prueba ofrecidos y los elementos introducidos por la actividad de la otra [50].

Aceptado un medio de prueba queda vinculado al proceso. La consecuencia de ello estriba en la imposibilidad de renunciar a un medio de prueba asumido por el tribunal en el proceso.

## V. ACTIVIDAD PROBATORIA

### 1. CONCEPTO

Se llama *actividad probatoria*, en tanto se la entienda como el núcleo del procedimiento para la Administración de Justicia [51], al esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba [52].

Corresponde al Fiscal un papel preponderante, de mayor fuerza, en la actividad probatoria, en tanto órgano público encargado de la acusación e informado por los principios de legalidad e imparcialidad, sin que a ello obste por cierto la decisiva intervención de las partes acusadas en orden a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, quienes procurarán introducir todos aquellos elementos probatorios favorables a sus pretensiones. Es el Fiscal quien fija los hechos que, en un primer momento, dan lugar al procesamiento de una persona determinada y, luego, definen el marco del juicio oral a través de la acusación, a partir de la cual, en relación con la posición asumida por las partes acusadas, puede el órgano jurisdiccional repeler aquellos medios de prueba impertinentes o inútiles, así como superabundantes o excesivos.

---

[50] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, pp. 34–35.

[51] MIXÁN MASS: *La prueba en el procedimiento penal*, cit., p. 61.

[52] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 31.

Por otro lado, si bien en materia de práctica de pruebas su obtención se hace respetando la libertad de actuación y exposición de los órganos de prueba, es del todo posible su *actuación coactiva*, de suerte que la ley impone el deber de colaboración con la justicia y autorice al juez a la conducción coactiva del propio imputado y de los testigos y peritos, la exhibición forzosa de cosas en general y la realización de medidas instrumentales restrictivas de derechos, tales como intervenciones corporales, incautaciones, levantamiento del secreto bancario, allanamientos, etc. [53].

## 2. CARGA DE LA PRUEBA

La institución de la carga de la prueba, modernamente entendida, tiene como fundamento común al proceso civil y penal, en primer lugar, la prohibición del *non liquet* o absolución de la instancia, esto es, que el juzgador debe resolver el fondo del asunto o controversia sometida a su conocimiento; y, en segundo lugar, que actúa como regla del juicio dirigida al Juez que determina el contenido de fondo de la sentencia en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba [54].

La carga de la prueba es analizada dentro de un aspecto subjetivo o formal y desde un aspecto objetivo o material. Desde el primer punto de vista, se entiende por carga de la prueba como una regla de distribución de la carga de la prueba entre las partes, es decir, dilucida a quién corresponde suministrar la prueba. Desde el segundo punto de vista, se entiende por carga de la prueba el que el juez, en la sentencia, ante un supuesto de incertidumbre fáctica (falta o insuficiencia de prueba) debe pronunciarse de una determinada forma sobre el fondo de la cuestión.

En cuanto al proceso penal, apunta GIMENO SENDRA, no existe carga de la prueba en sentido subjetivo o formal, desde que rige el principio de investigación oficial y no el dispositivo, así como porque el Fiscal –en cuanto órgano imparcial que actúa según el principio de legalidad– está obligado a pedir no sólo la condena del culpable sino la absolución del inocente; además, por imperio del principio de presunción de inocencia se produce, en primer lugar, una inversión o desplazamiento de la

[53] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 79.

[54] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 83.

carga de la prueba sobre las partes acusadoras; y, en segundo lugar, la actividad probatoria de las partes acusadoras –en nuestro sistema, del Fiscal– ha de ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, sustentada en verdaderos actos de prueba [55].

La carga de la prueba en sentido objetivo o material, que va destinada al juez y no a las partes, le indica cómo debe actuar en los supuestos en que no haya obtenido la convicción acerca de los hechos relevantes del proceso. En el proceso penal, por razones de justicia y equidad, esta regla se concreta en que quien afirme la culpabilidad de una persona –el Fiscal– debe probarla, en cuyo caso, en los supuestos de ausencia de prueba de la culpabilidad, deberá absolverse al acusado. Así debe ser interpretada la norma del art. 14º de la LOMP que establece que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones que ejercite.

La institución de la carga de la prueba, como invoca RIVES SEVA, traslada a la acusación acreditar los hechos constitutivos de la pretensión penal (elementos descriptivos y normativos del delito, la participación criminal del reo y la presencia de circunstancias de agravación) e impide que, por tanto, se pueda exigir a las partes acusadas una *probatio diabolica* de los hechos negativos. Asimismo, prescribe que una vez probados los hechos constitutivos, si la defensa invoca hechos impeditivos que excluyan sus efectos punitivos (eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro extremo excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos) le corresponde a ella probarlos [56].

### 3. MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Son tres los momentos que atraviesa la actividad probatoria: proposición, admisión y recepción.

#### *A. Proposición*

Las solicitudes probatorias son los pedidos de actuación de la práctica de prueba que las partes proponen al tribunal, en cuanto las consideren necesarias para la demostración de los hechos que a las mismas interese [57].

---

[55] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 379–380.

[56] RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 30–32.

[57] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 171.

El derecho a prestar solicitudes probatorias en función al desarrollo del enjuiciamiento penal se concreta, en el Código de 1940, en las dos fases: intermedia y juicio oral, conforme a los arts. 225º.5, 227º, 232º y 237º; mientras que, en el Código de 1991, únicamente en la etapa intermedia, con arreglo a los arts. 260º.6 y 264º.

En cuanto a los actos de investigación, fenómeno primario de los actos de aportación de hechos, la solicitudes pueden realizarse en cualquier momento de la instrucción o investigación.

*B. Admisión*

Estas solicitudes, las probatorias y las instructoras, no son vinculantes al órgano jurisdiccional o al Fiscal en cuanto director o conductor de la investigación. La ley fija un conjunto de requisitos que la solicitud probatoria debe cumplir para ser admitida en el juicio oral. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimas y útiles, así como manifiestamente excesivos (art. 191º *in fine* del Código de 1991).

Es de precisar que el medio de prueba propuesto: **1.** Será *pertinente,* cuando tenga una relación, directa o indirecta, con el hecho objeto del proceso penal; **2.** Será *conducente,* cuando el medio de prueba lleve hacia lo que se quiere obtener, que la información o dato objetivo que aporte guíe a un objetivo concreto; **3.** Será *legítimo* o idóneo, cuando reúna condiciones, intrínsecas y extrínsecas, para que se adecúen a la exigencia de la validez de la actividad probatoria; **4.** Será *útil* o relevante, cuando contribuye a conocer el objeto de la prueba, a descubrir la verdad y alcanzar probabilidad o certeza, o como apunta LEONE, posibilidad de concurrir, incluso mediata e indirectamente, a la comprobación en curso [58]; y, **5.** Será *superabundante,* cuando sobre el dato que pretende aportar información existe ya una sólida cantidad de elementos probatorios.

En los casos arriba enunciados, de prueba impertinente, inconducente, ilegítima, inútil o superabundante, su rechazo –como es obvio– se produce mediante auto debidamente fundamentado, es decir,

[58] LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal,* EJEA, Buenos Aires, 1963, T. II, p. 181.

con la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión (arts. 121º, segundo párrafo, y 122º del Código Procesal Civil).

Un punto importante, que en rigor constituye un principio procesal sobre la prueba, es el referido a la denominada *"prueba de oficio"*. La discusión, por cierto, radica no en la prohibición que tiene el tribunal de salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de la acusación, sino en la posibilidad de que el juez pueda acordar de oficio la práctica de medios concretos de prueba.

MONTERO AROCA [59] sostiene que nada se opone a que el juzgador introduzca pruebas de oficio, al punto que ni siquiera lo hace el ordenamiento procesal civil donde rige el principio de aportación de parte; señala que en dicho ordenamiento el citado principio (que supone que sobre las partes recae la carga tanto de pedir que el proceso se reciba a prueba, cuanto de proponer los medios concretos de prueba que se practicarán) no se opone a que la facultad de dirección material relativa a la iniciativa para probar y para determinar los medios concretos de prueba que deben practicarse, se atribuya también al juez. Alberto BOVINO [60], por su parte, rechaza la prueba de oficio porque lesiona el principio acusatorio y vulnera la función imparcial del juez, a quien sólo incumbe decidir y no impulsar el procedimiento.

*C. Recepción*

El momento de la recepción de la prueba se produce inevitablemente en el acto oral. El Código de 1991 contiene un supuesto de prueba urgente o anticipada que se realiza en la fase intermedia (arts. 266º–267º). Es de precisar que el Código de 1991 permite una excepción a la regla general de que exista actividad probatoria en el acto oral, que es el caso del instituto de la conformidad (art. 280º). Por *recepción* se entiende cuando el tribunal lleva a cabo el medio de prueba, posibilitando el efectivo ingreso en el proceso del dato probatorio que resulte de su realización [61].

---

[59] MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 158–159.

[60] BOVINO, Alberto: «El debate», en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación Análisis crítico*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 181.

[61] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 37.

La prueba se actúa en el curso del acto oral, bajo la regla del *cross examination*, que supone la vigencia del principio de contradicción y la garantía genérica de igualdad de armas. Sin embargo, en el Código de 1940 el interrogatorio a los órganos de prueba es directo para el Fiscal e indirecto para la defensa, la cual interroga por intermedio del tribunal.

Sólo se diligencia, como es lógico, la ofrecida y admitida por el Tribunal y con presencia obligatoria de las partes principales: Ministerio Público y acusado y su defensor. Si existen otras partes personadas tienen todo el derecho de asistir e intervenir en su desarrollo, estando prohibido al tribunal decretar el secreto de su actuación. El orden de la práctica de las pruebas es fijado por el tribunal, previa audiencia de las partes (art. 282º del Código de 1991); orden que por cierto no es riguroso y, por tanto, puede variarse para facilitar el cumplimiento de la finalidad de la prueba y para evitar la suspensión de la vista.

Los Códigos de 1940 y 1991 no contienen norma expresa que habilite al tribunal disponer la actuación de prueba de oficio. Los tribunales nacionales, sin embargo, sobre la base del principio de *investigación judicial autónoma*, sustentado en el interés público que existe en la justa actuación de la ley penal, actúan pruebas de oficio de modo regular. Esta actitud es, a nuestro juicio, absolutamente cuestionable por cuanto la investigación autónoma es propia de la fase de instrucción pero no del acto oral y, además, porque la ley no habilita tal poder al órgano jurisdiccional, el cual recién se ha incorporado en el Proyecto de 1995 siguiendo el modelo italiano (art. 339º).

La recepción de los actos de investigación obedece, sin duda, a otros modelos y principios de actuación. Las diligencias de averiguación se realizan de oficio o a pedido de parte. En su actuación tiene una fundamental intervención el Juez Instructor o el Fiscal Instructor, mientras que las demás partes pueden no estar presentes y, si lo están, su participación es complementaria. La no presencia puede tener como motivo la declaración del secreto sumarial. La recepción del acto de investigación puede producirse en cualquier momento dentro de la fase de instrucción.

## VI. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Doctrinalmente, los medios de prueba son materia de clasificación atendiendo diferentes factores [62]. Es de considerar, sin embargo, el criterio de clasificación utilizado por Eugenio FLORIÁN. Dicho autor considera que para agrupar los diferentes medios de prueba conviene tener en cuenta el modo con arreglo al cual el juez aprehende el objeto de prueba, esto es, en virtud de percepciones propias suyas o en virtud de informes suministrados por otros [63].

Según el modo como el objeto de prueba llega al juez se encuentran: **1.** Medios de prueba que sirven al juez para adquirir conocimiento del objeto de prueba en virtud de información ajena; son tres: ***a)*** interrogatorio del acusado, que puede incluir la confesión; ***b)*** testimonio, incluida la preventiva de la víctima; y, ***c)*** pericia. **2.** Medios de prueba que sirven al juez para adquirir conocimientos del objeto de prueba merced a su propia y directa percepción; son cuatro: ***a)*** documentos e informes; ***b)*** reconocimiento: de personas y de cosas; ***c)*** inspección: de personas, de cosas y de lugares; y, ***d)*** observación directa de los hechos: confrontación o careo y reconstrucción.

Esas diligencias, sin duda alguna, pueden desarrollarse como actos de investigación, y como tal están debidamente reguladas en el Título correspondiente de la ley procesal penal, inserto en el Libro dedicado a la instrucción o investigación. Asimismo, en tanto actos de prueba, se actúan en el acto oral, aunque muchas de ellas, como los documentos, los reconocimientos y las inspecciones, al igual que la reconstrucción, se desarrollan de modo fundamental en la fase de la instrucción, ingresando al juicio oral mediante su lectura.

Como quiera que esas diligencias han sido estudiadas en el capítulo dedicado a la etapa de instrucción, corresponde un análisis particular a la declaración del imputado y a la confesión, que son medios probatorios no abordados anteriormente.

---

[62] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 115.

[63] FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. II, p. 5.

# CAPÍTULO XXV
# LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** La declaración del acusado: 1. Naturaleza jurídica. 2. Posición del imputado frente al interrogatorio. **III.** La instructiva o indagatoria: 1. Aspectos generales. 2. El acto de la instructiva. **IV.** La confesión: 1. Concepto. 2. Clases de confesión. 3. Condiciones de validez. 4. Efectos jurídico materiales y procesales.

## I. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema procesal eurocontinental, señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, la declaración del acusado se considera en la doble vertiente de medio o acto de prueba, que se practica en el juicio oral, y diligencia de investigación que, lógicamente, se lleva a cabo en la fase de instrucción [64].

Los Códigos de 1940 y 1991 no regulan puntualmente la declaración del acusado en el acto oral; se limitan a imponer su realización, al iniciar el momento probatorio (art. 243º del Código de 1940) o a su culminación (art. 284º de 1991). En cambio, estos mismos cuerpos legales desarrollan escrupulosamente la declaración del inculpado, como acto formal judicial (Código de 1940) o fiscal (Código de 1991), al inicio de la etapa de instrucción, la cual puede repetirse de forma continuada, de oficio o a petición del propio imputado; diligencia que es denominada *instructiva* en el Perú e *indagatoria* en otros países.

---

[64] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 392.

## II. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO

### 1. NATURALEZA JURÍDICA

GÓMEZ ORBANEJA [65] señala, *en primer lugar*, que el interrogatorio del acusado en el juicio viene exigido por el "espíritu de todo el sistema en que la ley se inspira" (*principio de contradicción*), en tanto se proclama la imprescindible audiencia de los imputados como requisito de validez del fallo; y, *en segundo lugar*, en la medida en que el acusado es sujeto del proceso, éste 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.

No obstante ello, no se puede dejar de desconocer que la declaración del acusado, favorable o desfavorable a su posición, tiende a producir el convencimiento del juez. Al respecto CORTÉS DOMÍNGUEZ afirma que en la práctica ocurre que es muy difícil que el juez o tribunal que oye la declaración, y que percibe la manera en como ésta se desarrolla, no tome igualmente posición de frente al acusado, sacando consciente o inconscientemente conclusiones probatorias de lo que aquél diga en el interrogatorio [66].

### 2. POSICIÓN DEL IMPUTADO FRENTE AL INTERROGATORIO

Luego del problema de la naturaleza jurídica de la declaración del acusado, es del caso pronunciarse acerca del deber de veracidad o del ejercicio del acusado a abstenerse de responder. Contemporáneamente ya están superadas aquellas tesis que exigían que el reo está obligado a luchar codo a codo con el juez en defensa de la Justicia y, en cuanto colaborador necesario del juez, está sometido al deber de decir la verdad [67]. *La ley no*

---

[65] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 268–269.

[66] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 393.

[67] VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, p. 363.

*impone al imputado la obligación jurídica de decir la verdad, ni siquiera de responder al interrogatorio.*

La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8º.2.'g') reconoce al acusado el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Ello, *en primer lugar*, ilegitima el art. 127º del Código de 1940 que sanciona el silencio del imputado como un indicio de culpabilidad, así como el art. 245º del indicado Código que, ante el silencio del acusado, obliga al tribunal a realizar una serie de interrogatorios sucesivos, previa exhortación del abogado del acusado a fin de que responda las preguntas; y, *en segundo lugar*, siguiendo a TOMÉ GARCÍA, impone que el interrogatorio del acusado debería comenzar preguntándole, no si se confiesa reo del delito que se le imputa, sino simplemente si quiera declarar (informándole de su derecho a no declarar), y, además, en caso afirmativo, podrá dejar de contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, sin que el juzgador pueda extraer de dicha actitud ningún efecto [68].

Esta declaración está sometida al principio de inviolabilidad de la persona humana, por consiguiente resulta inadmisible forma alguna de presión física contra el acusado. Igualmente, es de rechazar la posibilidad de utilizar medios coercitivos de carácter psíquico, tales como hipnotismo, los medios químicos mediante el suministro de sustancias de acción narcótica, el registro gráfico del pulso y la respiración, el reflejo galvano–psíquico, etc. Al respecto, MONTÓN REDONDO acota que su práctica ha sido sistemáticamente denegada sobre la consideración unánime de falta de fiabilidad en cuanto a sus resultados, eventuales peligros derivados de su empleo y sobre todo, por conculcar el principio de legalidad al suponer una forma indirecta y torticera de obtener declaraciones y resultar un desprecio a la persona ante el aniquilamiento de sus recursos físicos y psíquicos, al convertirla en mero apéndice de un aparato o un producto químico [69]. El Tribunal Supremo español, por ejemplo, llegó a sostener en la Sentencia de 26 de noviembre de 1991, rechazando incluso la administración de fármacos a pedido del propio imputa-

---

[68] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.: Derecho procesal penal*, cit., p. 456.

[69] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 347.

do, que aun suponiendo por vía de hipótesis la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado no sería aceptable porque faltaría la libertad de la declaración y, siendo así, lo procedente es rechazarla de forma incondicionada [70].

Las garantías establecidas para la instructiva –y que garantizan tanto la defensa como la averiguación objetiva de la verdad– rigen íntegramente para el juicio oral, acomodadas a la oralidad de éste. Siguiendo en lo pertinente a VIADA–ARAGONESES [71], es del caso apuntar que: **a)** el interrogatorio se inicia con las generales de ley del acusado, estando prohibido que se le tome juramento; **b)** el acusado, protegido por la cláusula de no autoincriminación, conserva la facultad de no responder, sin que puede emplearse ningún medio coactivo ni intimatorio contra él y sin que quepa extraer ningún elemento positivo de prueba de su silencio; **c)** el Tribunal y las partes están prohibidos de formular preguntas capciosas o sugestivas; y, **d)** la confesión del imputado no faculta al tribunal para prescindir de la práctica de las pruebas admitidas a que las partes que las hubiesen propuesto no renuncien, siendo del caso invitar al confeso a que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión.

## III. LA INSTRUCTIVA O INDAGATORIA

### 1. ASPECTOS GENERALES

Señala LEONE que la instructiva es el acto procesal por medio de la cual el órgano instructor procede a la identificación del imputado y a hacer saber al mismo el hecho que se le atribuye. Dos son las funciones que tiene: en primer lugar, tiende a asegurar la identificación del imputado y la atribución de la imputación; y, en segundo lugar, tiende a garantizarle la defensa, a cuyo fin la ley consiente al imputado a hacer sus declaraciones [72].

---

[70] RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 94.

[71] VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 269–270.

[72] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 250–251.

Tres son, al decir de CLARIÁ OLMEDO [73], las notas características de esta diligencia instructora: **1.** Es un acto personal del imputado: solamente de él puede provenir la exposición; la intervención del abogado defensor se circunscribe a la de ser un asistente técnico. **2.** Se presta ante la autoridad que tiene a cargo el procedimiento: juez penal o fiscal provincial, excluyendo toda posibilidad de que se preste ante autoridad extrajudicial (la policía sólo puede indagar sumariamente al proceso –sólo en caso de urgencia, según el nuevo Código– para reunir elementos de descargo en su favor, sin que sea permitido introducir el acto en el juicio oral para fundamentar la sentencia); GARCÍA RADA precisa que no puede librar exhorto a otro magistrado de igual categoría para que la reciba y que sólo es instructiva la prestada ante juez competente, no lo es la declaración rendida ante otras autoridades [74]. **3.** Es una exposición voluntaria, primero, porque puede declarar o no y, segundo, porque puede ser espontánea, provocada o mixta. Es decir, que el inculpado expone todo cuanto estime conveniente acerca del hecho intimado, o cuando responde las preguntas del órgano instructor y de su abogado defensor, o de las dos maneras.

La instructiva, como ya se anotó, es considerada más como un medio de defensa que un medio de investigación o de prueba; permite al imputado aportar las pruebas referidas a su inocencia. La cláusula de interdicción de la autoincriminación sustenta esta posición, sentando –al decir de Ricardo LEVENE (h)– un principio de profundo contenido humano, que permite al imputado de un delito negarse a prestar declaración, evitando de esta manera que se utilicen tormentos o torturas para lograr su confesión [75]. No obstante ello, es de tener en cuenta, anota LEONE, que si bien no es un medio de prueba, toda vez que no está previamente dispuesto para asegurar elementos de prueba, puede considerársele eventual fuente de prueba, ya que no se puede inhibir al juez que saque del interrogatorio argumentos o elementos a favor o en contra del imputado [76].

---

[73] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. IV, pp. 487–489.

[74] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, pp. 140–141.

[75] LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1993, T. II, p. 425.

[76] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 251.

En tanto es un acto voluntario, en ningún momento se puede requerir al imputado juramento o promesa de honor de decir verdad. La cláusula de interdicción de la autoincriminación, entre otro de sus efectos, precisamente garantiza la libertad de declaración y, por tanto, que no se obligue al imputado a una declaración de fe. La disposición de declarar del imputado, anota Francisco RAMOS MÉNDEZ, no le obliga a nada más que a decir lo que quiera, aunque no sea verdad [77].

## 2. EL ACTO DE LA INSTRUCTIVA

### *A. Procedencia*

La instructiva es una diligencia que se impone obligatoriamente en el proceso penal, tiene un carácter necesario. En rigor, los Códigos nacionales la conciben como la primera diligencia instructora. Es una diligencia individual, por consiguiente, a la instructiva de un imputado no pueden asistir los coimputados, cada uno debe declarar separadamente.

La instructiva se lleva a cabo en el plazo establecido por la ley (inmediatamente después, y siempre antes de vencerse las 24 horas, de producida la detención del imputado, arts. 85º del Código de 1940 y 120º del Código de 1991); si no hay un plazo establecido, se hará sin retardo. Esto último tiene como fin, explica LEONE, poner inmediatamente al imputado en condiciones de conocer la existencia del proceso a su cargo y la respectiva imputación y, por consiguiente, de ejercitar tempestiva y útilmente el derecho de defensa [78].

La diligencia instructiva, en lo posible, debe realizarse en acto único. Empero, la ley autoriza a llevarla a cabo en actos sucesivos en los días posteriores. El Código de 1940 se limita a hacer mención a lo extensa de la diligencia como causal para que se divida en varios actos, aunque el art. 135º establece que deberá concluirse antes del décimo día de iniciada. El Código de 1991 precisa que la duración del acto que justifica su suspensión sólo puede sustentarse en la actitud del imputado: si se notan en él signos de fatiga o falta de serenidad, debiendo reanudarse apenas estos signos desaparezcan (art. 124º *in fine*).

---

[77] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3a. ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 348.

[78] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 252.

La instructiva procede, como es lógico, cuando se ha abierto instrucción a una persona. Sólo puede rendirla quien tiene la condición de imputado; en tal virtud, quien conoce que ha sido comprendido como inculpado en un proceso, tiene el derecho de que se señale día y hora para que rinda instructiva y, en su caso, presentarse espontáneamente al órgano instructor para hacerlo.

*B. Asistentes*

En cuanto a los *asistentes* al acto de la instructiva, sólo pueden estar el juez o fiscal instructor y el defensor del inculpado, así como el secretario en tanto se trata de un procedimiento actuado (arts. 122º del Código de 1940 y 118º del Código de 1991). El nuevo Código, art. 119º, permite la asistencia de un asesor técnico del Fiscal (en criminalística u otra disciplina científica o técnica), quien sin embargo no podrá intervenir directamente en la diligencia.

La asistencia del defensor es obligatoria en el Código de 1991 y sólo para analfabetos y mayores de 18 años y menores de 21 años en el Código de 1940. No obstante lo dispuesto en el Código viejo, es de considerar que si el tribunal de enjuiciamiento quiere sustentar la sentencia en esa declaración –por constituir contenido esencial del sistema de garantías del imputado– requerirá para ello que la instructiva cuente con el aval de la presencia del defensor.

El art. 123º del Código de 1940 señala que en casos de urgencia o cuando está por vencerse el plazo de 24 horas, puede el Juez comenzar el examen del inculpado, sin la presencia del defensor, el cual no puede cerrarse hasta que éste concurra. A su vez dicha norma confiere al Juez la potestad de reemplazar al defensor que no concurre a las citaciones para la instructiva, sin perjuicio de la multa.

El defensor, a tenor del art. 134º del Código de 1940, presta juramento o promesa de honor, a su elección, de guardar absoluta reserva sobre la instructiva y demás incidentes de la instrucción que le sean comunicadas.

Otro asistente a la instructiva será el traductor en caso el imputado no domine el idioma nacional (arts. 134º del Código de 1940 y 131º del Código de 1991). Debe prestar juramento o promesa de honor de desempeñar lealmente el cargo. En caso de imputado sordo que no sabe leer o mudo que no sabe escribir, intervendrá en la instructiva una persona hábil, bajo juramento, para que entiendan y se hagan entender (art. 130º *in fine* del Código de 1991).

*C. Estructura*

La instructiva es un acto complejo. Comprende el interrogatorio de identificación, las informaciones previas y la exposición o interrogatorio sobre el hecho o mérito.

**1.** El *interrogatorio de identificación* o *preliminares del interrogatorio* está impuesto en los arts. 124º del Código de 1940 y 122º del Código de 1991. Consiste esencialmente en una serie de preguntas del órgano instructor y contestaciones del imputado, por las cuales a éste se le exige que proporcione un conjunto de datos relativos a su persona, conocidos en el lenguaje forense por 'generales de ley' [79]. Se trata, en buena cuenta, de obtener del imputado datos acerca de su ubicación civil y social, así como de su situación ambiental, psíquico biológica y antecedentes penales.

**2.** Las *informaciones previas*, señala CLARIÁ OLMEDO, tienden a determinar si la exposición sobre el hecho se va a producir y, en caso positivo, a proveer para que se alcance eficazmente su finalidad [80]. Son tres las actividades que cumplen: intimación, información sobre el derecho de nombrar abogado defensor y hacerse saber que puede abstenerse de declarar.

La *intimación* significa la lectura y precisión de los cargos que motivaron la apertura de instrucción. Esta actividad también comprende, sin duda, como destaca LEONE, la indicación de los elementos de prueba existentes contra el imputado, y si de ellos no puede seguirse perjuicio a la instrucción (delimitado formalmente con la declaratoria formal del secreto del sumario), en la indicación de las fuentes de prueba [81].

La *información* sobre el derecho de contar con abogado defensor, en nuestros Códigos se consigna en primer lugar y, en rigor, delimita la realización de la diligencia. Finalmente, la *comunicación del derecho de no declarar* viene impuesta por la cláusula constitucional de no autoincriminación; sólo el Proyecto de 1995 es explícito en esta advertencia, desde que el art. 68º.4 estipula que debe precisarse al imputado el derecho "a abstenerse de declarar; si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas aquellas diligen-

[79] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. IV, p. 512.

[80] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. IV, p. 513.

[81] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 253.

cias en que se requiera su presencia". Es de precisar, siguiendo a RAMOS MÉNDEZ, que sea cual sea la actitud del imputado que se niega a declarar, puede cambiar de opinión en el transcurso del proceso; no existe ningún tipo de preclusión [82].

**3.** La *exposición sobre el hecho* es la médula sustancial de la instructiva y constituye la respuesta del imputado a los cargos que se le han formulado. En primer lugar este momento se inicia con la declaración espontánea del imputado acerca de los hechos atribuidos y que le han sido intimados. En segundo lugar se procede al interrogatorio por el órgano instructor y la defensa. El interrogatorio, señala GARCÍA RADA, debe comprender todo: preparación y motivos del delito, su realización y lo que hizo después; señalar móviles y demás circunstancias; en compañía de quién lo hizo y en qué forma lo ayudaron [83].

En el interrogatorio, como ya se dejó indicado, interviene no sólo el órgano instructor, sino también el abogado defensor. El art. 122º del Código de 1940 señala que el representante del Ministerio Público puede interrogar al imputado, empero no menciona el interrogatorio a cargo del defensor. Tal omisión, sin embargo, no debe interpretarse como imposibilidad de intervención, puesto que ello significaría la vulneración no sólo del derecho de defensa, sino esencialmente de la garantía de igualdad de armas: si puede interrogar el Fiscal, ¿por qué no puede hacerlo el defensor? El art. 119º del Código de 1991, subsanando esa omisión, señala expresamente que "terminado el interrogatorio por el Fiscal, puede al Abogado Defensor preguntar directamente a su patrocinado" (art. 119º, segundo párrafo).

Las preguntas serán directas y claras. No son admisibles las preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas. Esto último, así como el interrogatorio para que el imputado corrija y aclare sus posibles contradictorios o las manifestaciones opuestas a las constancias existentes en los autos de las que fue informado, o complete algunas lagunas de su exposición, persiguen un objetivo: favorecer y orientar la defensa material del imputado [84].

---

[82] RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., p. 348.

[83] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 141.

[84] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. IV, p. 518.

El art. 125º del Código de 1940 prescribe que debe seguirse el orden cronológico de los hechos. Si el imputado invoca hechos o pruebas en su defensa, corresponde al órgano instructor verificarlos en el plazo más breve. Por otro lado, el imputado contesta las preguntas oralmente, lo que no obsta a que se valga de apuntes o notas si el caso lo requiera. Si es mudo, sordo o sordomudo, se le interrogará por escrito y las respuestas se harán en la misma forma, salvo el sordo, que contestará oralmente (art. 130º del Código de 1991).

El cierre de la instructiva se produce bien cuando el imputado rechaza declarar o cuando culmina el interrogatorio sobre los hechos. En este último caso el cierre envuelve varias actividades: se debe dar lectura, por el Secretario o su abogado defensor, del íntegro del acta donde conste literalmente lo ocurrido en la instructiva o indagatoria; acto seguido el imputado debe ratificarse o en, su caso, corregir, rectificar o ampliar su dicho, lo que puede provocar nuevas preguntas; finalmente se dejará constancia del cierre del acta y ésta será firmada por todos los asistentes. Si el declarante no sabe firmar, se le tomará su huella digital (art. 137º del Código de 1940); si se niega a hacerlo, se hará constar la abstención y se consignará el motivo, si lo expresare (art. 123º *in fine* del Código de 1991).

## IV. LA CONFESIÓN

### 1. Concepto

Se entiende por *confesión* la declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias. En rigor, la confesión importa la admisión del imputado de haber cometido una conducta penalmente típica, aun cuando contenga alegaciones encaminadas a atenuar o a excluir la pena [85].

El Código de 1940 no define la confesión, como lo hacen los Códigos antiguos. Se limita a fijar los efectos de la confesión "*sincera debidamente comprobada*" en orden a la actividad investigadora del Juez Penal y

[85] Cafetzóglus, Alberto Néstor: *Delito y confesión*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982, p. 29.

a la sanción penal (art. 136º) y a señalar que la sentencia debe apreciar, entre otros medios de prueba, la confesión del acusado (art. 280º). El Código de 1991, por su parte, reconociendo la importancia de la confesión, fija las condiciones de su valor probatorio, sus efectos en orden a la sanción penal y sus derivaciones procesales (arts. 127º–129º), así como sus efectos dispositivos sobre el objeto procesal en la institución de la conformidad (art. 280º).

Las notas características de la *confesión*, siguiendo parcialmente a MIXÁN MASS [86], son seis: **a)** es una declaración *personal y oral* del imputado, no hay confesión ficta: **b)** es una declaración *libre y consciente*, por lo que siendo voluntaria su autor no puede ser presionado y debe ser prestada sin que se afecte su libertad con método químico o mecánico; **c)** debe ser *sincera*, en cuya virtud el imputado debe proferir una narración veraz, con fidelidad a la memoria; **d)** debe tener un contenido *verosímil*, esto es, el relato debe ser de tal naturaleza y características que a la luz de una consideración razonable aparezca como susceptible de haber ocurrido, el relato debe ser explicable, cognoscible y no contrario a una ley natural, a un hecho notorio o a las leyes lógicas; **e)** debe ser *circunstanciada*, es decir, debe proporcionar los detalles pertinentes, debe dar "razón de su dicho" en orden a su intervención delictiva y a las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores, objetivas y subjetivas, del hecho y de su comportamiento; y, **f)** debe *aceptar simple o calificadamente la imputación* –en rigor no se debe decir *total* o *parcialmente*– que es su nota específica, o sea el imputado relata aceptando que intervino en una acción penalmente típica.

Es muy claro que la confesión importa admisión de la comisión de un hecho tipificado como delictivo en la ley penal. Por consiguiente, debe estimarse que no ha habido confesión si el imputado no ha reconocido ser autor o partícipe de hecho alguno tipificado por la ley penal. En rigor, no existe la denominada *confesión parcial*, pues toda confesión por definición siempre es total. El reconocer haber actuado de determinada manera, pero no el hecho típico objeto del proceso, no constituye en puridad confesión. CAFETZÓGLUS señala al respecto que estas admisiones

[86] MIXÁN MASS, Florencio: *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, pp. 59–67.

son simplemente hechos antecedentes, indicios, a partir de los cuales el juzgador puede elaborar presunciones [87].

2. CLASES DE CONFESIÓN

Es posible una clasificación desde dos perspectivas. La primera, según su contenido, que puede ser simple o calificada. La segunda, según la autoridad que la reciba, que puede ser judicial y extrajudicial (que rechazamos). Es posible aceptar una tercera perspectiva, según se trate de una confesión hablada o de una confesión actuada.

La *confesión simple* es aquella en la que el confesante admite lisa y llanamente su participación en el hecho imputado, sin introducir ninguna circunstancia tendiente a excluir o disminuir su responsabilidad. En cambio, en la *confesión calificada* el imputado, admitiendo su participación en el hecho que se le imputa, introduce en el relato circunstancias que tienden a excluir o disminuir su responsabilidad [88]. CLARIÁ OLMEDO, en esa misma perspectiva, acota que en esta última confesión, hay una admisión del contenido fáctico de la imputación, pero se niega en todo o en parte la responsabilidad aduciendo una disculpa [89].

En lo que concierne a la confesión calificada es de destacar que la disculpa importa la alegación o concurrencia de: **a)** *eximentes de responsabilidad penal*, tales como causas de justificación, que niegan la antijuricidad penal del hecho, o causas excluyentes de culpabilidad, que niegan culpabilidad del sujeto (art. 20º del Código Penal); **b)** *eximentes imperfectas* (art. 21º del Código Penal.); **c)** *atenuantes genéricos* (v. gr.: ocasionalidad del hecho delictivo, actuación mediando grave adicción al alcohol o las drogas, etc.); y, **d)** *atenuantes específicos*, que obligarían a tipificar el hecho en una figura penal calificada (v. gr.: de homicidio simple, a homicidio por emoción violenta).

Otro criterio clasificatorio que, a menudo, en los países con una fuerte tradición inquisitiva, se introduce es la confesión judicial y la extrajudicial. Respecto a la *confesión judicial*, es obvio que ésta es la única posible. Se presta, como corresponde, ante el juez del debate o del jui-

[87] CAFETZÓGLUS: *Delito y confesión*, cit., p. 70.

[88] CAFETZÓGLUS: *Delito y confesión*, cit., p. 65.

[89] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 105.

cio, en el acto oral, de suerte que, como tal, cumple todos los requisitos propios de un acto de prueba: inmediación del juez, publicidad del debate, información sometida a contradicción, con la observancia de los requisitos que se derivan del derecho de defensa.

La instructiva, es decir, la declaración prestada en la fase de investigación es una diligencia propia de la investigación y para que la admisión de cargos prestada por el imputado en ella ha de ser ratificada ante el juez del juicio, lo que se deriva de la exigencia constitucional y legal de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. De esta suerte, es de considerar que resultaría lesionada la presunción de inocencia si se condena al acusado sobre la base de declaraciones no reproducidas en el juicio oral. Esta conclusión, sin embargo, como aclara VEGAS TORRES, no impide al órgano jurisdiccional fundamentar su convicción en base a las declaraciones de la instrucción formal y del Atestado Policial, pero para ello es suficiente con que el acusado comparezca en el juicio y declare ante el órgano sentenciador, con independencia de cuál sea el contenido de esta última declaración: se trata de la doctrina de la posibilidad de contrastación de las declaraciones prestadas en el juicio oral con las prestadas en la instrucción y ante la policía, siempre que en este último caso se hayan respetado escrupulosamente las garantías legales y constitucionales: presencia del fiscal y del abogado defensor [90]. Sólo bajo esas circunstancias es posible aceptar lo prescrito en el art. 72º, segundo párrafo, del Código de 1940 y siempre que la declaración policial haya sido leída en el acto oral y sometida a contradicción en el curso del interrogatorio del imputado.

Respecto a la *confesión actuada*, expone CAFETZÓGLUS, se trata de aquella admisión de cargos que se trasmite por medio del accionar del confesante, en la reconstrucción del hecho. Desde el punto de vista del imputado la reconstrucción del hecho integra genéricamente la declaración instructiva, y específicamente la confesión, por lo que participa de los regímenes normativos de ambos institutos [91]. Es de precisar que en la declaración, el imputado trasmite el relato por medio de la palabra, en cambio en la diligencia de reconstrucción agrega a ella su actuación, la cual inclusive puede ser registrada mediante fotografía o filmación.

---

[90] VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 259.

[91] CAFETZÓGLUS: *Delito y confesión*, cit., p. 71.

### 3. CONDICIONES DE VALIDEZ

En el Código de 1940, atento a una concepción muy amplia del criterio de conciencia, no incorpora una regulación específica de su valor probatorio, aunque del conjunto de sus disposiciones es posible extraer algunos requisitos para considerar a la confesión como tal. El Código de 1991, pese a afiliarse al sistema de la prueba libre y al criterio de conciencia, reconoce en el art. 129º un conjunto de requisitos para dotarla de validez procesal.

Las condiciones de validez son las siguientes:

*A. Libertad y normalidad psíquica del declarante*

La libertad de la declaración es una condición de carácter formal. Supone que la confesión se haya dado sin exigencia de juramento, es decir, en completo estado de tranquilidad, y sin apremios ilegales, tales como amenazas, torturas, dádivas o promesas. Por consiguiente, es de rechazar la *confesión violentada* (ejercicio de violencia física o moral contra el imputado) y la *confesión comprada*, otorgada por dádivas o promesas. Resulta, igualmente inaceptable, la *confesión fraudulenta*, arrancada mediante una celada o con artificios o disimulo que lo llamó a engaño tendido por la propia autoridad. Estas tres formas ilegítimas de confesión, en puridad, constituyen condiciones subjetivas de validez de la confesión.

Por otro lado, entre las condiciones subjetivas, se requiere que el confesante cuando confiesa ha de estar en perfecto uso de sus facultades mentales, concretamente intelectivas y volitivas. Su facultad de memoria, conjuntamente con las de comprender y querer, deben estar intactas, en la medida en que el declarante debe relatar, reconstruir mentalmente, un hecho del pasado, su accionar pretérito.

Subjetivamente, también es de proscribir el error y la verosimilitud del relato incriminador. Se exige que el relato que exponga el declarante debe ser adecuado a la realidad y, por tanto, ha de haber sido prestado en base a lo que él ha presenciado con sus sentidos, sin que pueda admitirse deducciones o presunciones. La posibilidad y verosimilitud pueden equivaler a la idea de normal comportamiento de las personas y de las cosas [92].

[92] CAFETZÓGLUS: *Delito y confesión*, cit., p. 53.

Desde la perspectiva objetiva, la confesión ha de referirse a un hecho objetivamente creíble, aceptable para el común de las personas. La versión ha de ser lógica y coherente, así como referirse a una transmisión de conocimientos adquiridos directamente por el imputado, no por noticias de terceros [93].

*B. Corroboración por otros medios probatorios*

Este requisito significa que la confesión no es una prueba autónoma. La confesión puede intervenir en la prueba del hecho objeto del proceso y de la participación del imputado en él, esto es, tiene entidad para contribuir a su acreditación, pero por sí sola no puede cumplir la función de probar el hecho delictuoso. La confesión debe concordar con una fuente probatoria distinta, que puede estar representada por testimonios, pericias, documentos, etc.

A este respecto la Corte Suprema tiene sentado que la confesión sólo tiene un valor relativo contra quien la presta y, además, no constituye suficiente prueba contra sus coacusados [94]. Asimismo, ha establecido que no es elemento suficiente para fundar una sentencia condenatoria una declaración autoinculpatoria, sin elemento fáctico que la corrobore ni prueba de cargo que la avale [95].

La confesión requiere la práctica de todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de su contenido, lo cual justifica la necesidad de que el sumario no se dé por concluido cuando el imputado confiesa y que el debate oral no concluya con la mera admisión de cargos del imputado, en tanto no se haga constar la existencia del cuerpo del delito [96].

---

[93] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 102.

[94] Ejecutoria suprema de 6 de febrero de 1973, procedente de San Martín (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 188–190); Ejecutoria suprema de 22 de abril de 1981, Exp. Nº 125–81, Cuzco (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. I, pp. 134–135).

[95] Ejecutoria suprema de 6 de mayo de 1994, Exp. Nº 398–93, Ica (*Normas Legales*, T. 223, octubre, 1996, pp. 44–48).

[96] RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 91.

*C. Autoridad competente y legalidad de su actuación*

Como ya se anotó la autoridad que debe recibir la confesión, en tanto acto de prueba, es el juez del juicio. En estricto sentido no constituye acto prueba la admisión de cargos realizada en sede policial, fiscal o del Juez Instructor. Esto último no significa, por cierto, que sea posible incorporar al análisis del fallo judicial tales declaraciones, en la medida en que se realicen cumplimiento las formalidades de ley, siendo la más importante la presencia del abogado defensor y la previa información de los derechos del reo, que son requisitos esenciales que integran el derecho de defensa.

4. EFECTOS JURÍDICO MATERIALES Y PROCESALES

Los efectos que podemos precisar en orden a la admisión de cargos tienen que ver, en primer lugar, con el procedimiento, y, en segundo lugar, con la sanción penal.

*A. Aspectos de procedimiento*

Desde una perspectiva exclusivamente procedimental, cuando la admisión de cargos se produce en la etapa de instrucción, cabe dos situaciones: **a)** frente a una confesión solitaria, el Juez está en la obligación de practicar diligencias que acrediten su veracidad y la realidad del cuerpo del delito; y, **b)** si se está ante una confesión corroborada, el Juez puede dar por concluida la investigación, en tanto con ello no se perjudique a los coimputados y ésta aparezca como sincera, descartándose que se pretenda la impunidad de otras personas, respecto de quienes existen sospechas de culpabilidad. Así debe entenderse de los arts. 136º, primer párrafo, del Código de 1940 y 128º, segundo y tercer párrafos, del Código de 1991.

El tercer párrafo del art. 128º del Código de 1991 precisa que si la confesión, la verdadera confesión, se produce en el Juzgamiento, el Fiscal se abstendrá de intervenir con relación al confeso, reservándose para el momento de la acusación oral, de suerte que si los demás sujetos procesales muestran su conformidad, se pasará al momento de decisorio. Es de tener presente, en primer lugar, que tal confesión debe ser la corroborada, y, en segundo lugar, que si hay objeción de parte o si el juez considera, frente a las dudas que puede suscitarle la confesión o ante la ausencia de actividad probatoria consistente, tal confesión no puede obviar que se actúen las pruebas ofrecidas y admitidas para su actuación en el debate oral.

*B. Confesión y medición de la pena*

Si la confesión es sincera, esto es, veraz y compatible con los recaudos probatorios de la causa, se convierte en un factor de atenuación excepcional de la pena. La pena puede disminuirse hasta límites inferiores al mínimo legal. Así lo disponen los arts. 136º del Código de 1940 y 127º del Código de 1991. Este último numeral agrega otra exigencia: la espontaneidad de la confesión, lo que no niega la veracidad de la misma, pero enfatiza la idea de la voluntariedad y del propio impulso o iniciativa, esto es, que la confesión no sea consecuencia de un cálculo o forzada por las circunstancias.

La Corte Suprema, en reiterados pronunciamientos, ha fijado un concepto muy preciso de la sinceridad de la confesión, en tanto requisito indispensable para una atenuación excepcional de la pena. Sostiene que "...la confesión sincera es la declaración del imputado en la que reconoce ser autor o partícipe de un delito o falta, prestada espontánea, veraz y coherente, ante una autoridad competente y con la formalidad y garantías correspondientes" [97].

Ahora bien, en la exigencia de *espontaneidad* del nuevo Código se afirma que sólo resulta admisible una disminución de la pena cuando se trata de una confesión prestada fuera de los supuestos de delito flagrante o cuando no exista abundante prueba de cargo contra el imputado (art. 222º del Proyecto de 1995). Este requisito, absolutamente necesario, viene a concordar en algo la disposición procesal con lo prescrito por el Código Penal en materia de medición de la culpabilidad por el hecho. En efecto, el art. 46º.10 del Código Penal nacional menciona expresamente la confesión del autor, pero la condiciona a que se produzca antes de haber sido descubierto el delito. De igual manera, por ejemplo, el art. 21º.4 del Código Penal español estatuye que son circunstancias atenuantes "la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades".

La jurisprudencia suprema ha establecido, con toda corrección, que no resulta de aplicación la atenuación excepcional de pena cuando el

[97] Ejecutoria suprema de 16 de marzo de 1998, Exp. Nº 264–98, Arequipa.

imputado no ha dado una versión uniforme desde el inicio de la investigación al negar los cargos en sede policial y ante el juzgado, aunque admitiéndolos en el acto oral en razón a que las pruebas actuadas son contundentes y desvirtúan su coartada [98]. En otra decisión ha precisado que si el encausado incurre en una serie de contradicciones, negando los cargos en un lugar y aceptándolos en otro, esta última versión a lo sumo puede ser considerada como mera admisión o adjudicación de cargos que no surten los efectos de una confesión sincera [99]. El Supremo Tribunal, asimismo, sostiene que "... no puede considerarse sincera confesión cuando ésta se produce en el último tramo del proceso" [100].

La Corte Suprema insiste en sancionar que si no hay uniformidad en todo el curso del proceso, incorporando en él la fase preprocesal o policial, no es de aplicación la pena excepcionalmente atenuada, fijando al respecto como requisitos de la confesión la sinceridad, la espontaneidad y el arrepentimiento [101].

Asimismo, ha establecido que si el acusado omite proporcionar en forma sistemática la identidad de los demás agentes delictivos no puede otorgarle a su declaración la calidad de una confesión sincera [102]. En esta perspectiva se afilia otra decisión al señalar que las declaraciones de los imputados omitiendo la identidad de uno de los agentes no constituyen confesión sincera al no ser veraz [103].

Sobre el tema de la conducta procesal del reo como factor de atenuación de la pena, debe tenerse en cuenta, como apunta JESCHECK, que sólo cuando la confesión permita sacar deducciones sobre el índice de la culpabilidad personal o el grado de peligrosidad del imputado es posible que se tenga en cuenta a la hora de determinar la pena [104]. Por

---

[98] Ejecutoria suprema de 22 de febrero de 1995, Exp. Nº 166–95, Lima (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 345–346).

[99] Ejecutoria suprema de 4 de marzo de 1988, Exp. Nº 2681–97, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 347–348).

[100] Ejecutoria suprema de 30 de noviembre de 1995, Exp. Nº 1495–95, Lima.

[101] Ejecutoria suprema de 4 de junio de 1996, Exp. Nº 1847–96, Huánuco.

[102] Ejecutoria suprema de 25 de noviembre de 1997, Exp. Nº 4932–97, Arequipa.

[103] Ejecutoria suprema de 2 de setiembre de 1997, Exp. Nº 3775–97, Lima.

[104] JESCHECK, Hans–Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol.II, p. 1213.

otro lado, enfatiza Patricia Ziffer, esta posición, sustentada por quienes optan por la *teoría del indicio*, ni siquiera asume el arrepentimiento como eje de la atenuación, dado que el efecto atenuante debe verse en la actitud del imputado para contrarrestar el efecto de deslegitimación de la norma generado por su quebrantamiento; con todo, este criterio genera más riesgos que beneficios, sobre todo en lo que al respeto al derecho de defensa se refiere [105].

Por lo demás, es de tener presente, más allá de cualquier opción teórica que se asuma respecto a la función del art. 136º del Código de 1940, que –como lo ha recordado el Tribunal Supremo– dicho numeral sólo faculta a rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal con que está sancionado el delito perpetrado, mas no a imponer una pena cuya naturaleza no está prevista para el ilícito penal [106].

[105] Ziffer, Patricia: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, pp. 171–175.

[106] Ejecutoria suprema de 1 de febrero de 1988 (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 225–226).

# CAPÍTULO XXVI
# LA PRUEBA INDICIARIA

SUMARIO: **I.** Concepto y fundamento. **II.** Estructura de la prueba indiciaria: 1. Introducción. 2. El indicio. 3. La presunción. **III.** Clases de indicios: 1. Indicios antecedentes. 2. Indicios concomitantes. 3. Indicios subsiguientes **IV.** La motivación de la sentencia.

## I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La doctrina procesalista reconoce una clasificación de la prueba, en función a la mayor o menor coincidencia y conexión entre el hecho probado y el hecho tipo a probar exigido por el supuesto de hecho de la norma jurídico–penal. En tal virtud, clasifica a la prueba entre *prueba directa* y *prueba indirecta, indiciaria* o *circunstancial.* ALMAGRO NOSETE apunta que si la coincidencia es completa se habla de prueba directa (por ejemplo, los testigos declaran que vieron al agresor apuñalar a la víctima); cuando el hecho no es coincidente, pero sí significativo a efectos probatorios, se dice que la prueba es indirecta o indiciaria (por ejemplo, los testigos declaran que el sujeto a quien se imputa la agresión había proferido en varias ocasiones, serias amenazas de muerte sobre la víctima) [107].

Por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es *probar directamente hechos mediatos* para *deducir* de éstos *aquellos* que tienen una *significación inmediata* para la causa [108]. En tal virtud, con RIVES SEVA, podemos defi-

---

[107] ALMAGRO NOSETE: «Teoría general de la prueba en el proceso penal», cit., p. 35.

[108] ASENCIO MELLADO, José María: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», en: AA.VV.: *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia,* Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos del Poder Judicial), Madrid, 1992, p. 168

nir la prueba indiciaria como "...aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios– y el que se trate de probar –delito– [109].

El Código de 1940 no regula la prueba indiciaria, lo cual por cierto no significa que los tribunales no deben utilizarla, puesto que ésta se trata de un mecanismo intelectivo para la prueba. Sí la regula, en cambio, el Código de 1991 a través del art. 246º; sin embargo, esta norma se limita a especificar, en términos de seguridad jurídica, los requisitos que se deben cumplir para poder condenar a través de la prueba por indicios. En tal virtud, siguiendo a lo mejor de la doctrina, menciona el hecho indicador, la presunción y las características que deben reunir los indicios cuando son contingentes.

La prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa. Ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional.

En sí mismo no puede sostenerse que la prueba indiciaria es menos segura y más riesgosa que la prueba directa. En primer lugar, todo depende de la seguridad u objetividad de la fuente de prueba, lo que es común a ambas clases de prueba. Obviamente, es más seguro acreditar un hecho a partir de una constatación objetiva auxiliada por datos científicos y aportes periciales contundentes que darlo por probado en mérito a una declaración testimonial, pues en este último caso surge la valoración de la credibilidad del testigo.

En segundo lugar, el tema de la inferencia pertenece a la fase de depuración de la prueba, común a toda la institución en su conjunto. Si bien en la prueba indiciaria se producen varias operaciones, vinculadas a la acreditación del indicio y a la ubicación y precisión de la inferencia, la actividad intelectual del juez, siempre presidida por las reglas de la

[109] RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 73.

lógica y de la experiencia, resulta necesaria en todo análisis probatorio, sin interesar que se trate de una prueba directa o indirecta.

El fundamento de la prueba indiciaria, por consiguiente, no descansa en razones de defensa social (evitar la impunidad de los delitos) sino que es el mismo fundamento lógico que justifica la utilización de las presunciones judiciales. En tal virtud, es de insistir que la prueba indiciaria no es un medio de prueba, sino un mecanismo intelectivo para la prueba. La presunción judicial, y, por consiguiente, también la prueba indiciaria, tiene su encaje en la fase de depuración, situada entre la valoración de la prueba y la carga de la prueba, como actividad intelectual del juzgador presidida por las reglas de la lógica y de la experiencia, y tiene su apoyo en una afirmación base o indicio que debe estar totalmente acreditado [110].

Es de entender, como anota MARTÍNEZ ARRIETA [111], que en la formación de la convicción judicial intervienen las pruebas y las presunciones; las primeras son instrumentos de verificación directa de los hechos ocurridos; las presunciones, por su parte, nos permiten esa acreditación a través de supuestos de certidumbre admitidos de forma generalizada. En la formulación de la prueba indiciaria se parte de un hecho acreditado, el indicio, que asociado a una presunción nos permite verificar otro hecho distinto del inicial, del que es consecuencia.

A partir de lo expuesto, es posible identificar tres notas características de la prueba indiciaria: no es una prueba histórica, es una prueba crítica y es una prueba de probabilidades.

**1.** El órgano o la fuente de prueba, en el caso de la prueba indiciaria, no expone un hecho histórico que conoce o expresa, puesto que el indicio es indicativo del mismo, se limita a sugerirlo, de ahí que esta prueba requiera de un raciocinio adicional, ineludible para llegar al conocimiento de un hecho. Las pruebas históricas, como destaca GARCÍA VALENCIA, le representan al juez el hecho objeto de prueba, mientras que la prueba indiciaria le permiten deducir su existencia o inexistencia [112].

---

[110] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 225.

[111] MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: «La prueba indiciaria», en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993 (Colección Cursos), p. 53.

[112] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 124.

**2.** La prueba indiciaria es crítica, desde que interviene el raciocinio. Prima el raciocinio en vez de la representación que es propia de la prueba histórica. La prueba indiciaria requiere de la lógica para posibilitar la inferencia que permita el conocimiento del hecho objeto del proceso. Inteligencia y lógica se unen para detectar el hecho indicio y formular la inferencia correspondiente.

3. Cada indicio permite varias inferencias probables, correspondiendo a la inteligencia la función de ir descartando aquellas que no permitan procurar la certeza sobre un hecho. La suma de probabilidades determinará la certeza [113].

## II. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA

### 1. INTRODUCCIÓN

La prueba indiciaria es un *complejo* constituido por diversos elementos [114]. Así: un indicio o hecho base indirecto, un hecho directo o consecuencia y un razonamiento deductivo por el cual se afirma un hecho directo a partir del mediato. La estructura de la prueba indiciaria consiste, en primer lugar, en un indicio como hecho o afirmación base y, en segundo lugar, la presunción.

Al respecto, la Corte Suprema ha resuelto que la prueba por indicios requiere un hecho indicador; un razonamiento correcto en aplicación de las reglas de la ciencia, la técnica y la experiencia; una pluralidad, concordancia y convergencia de indicios contingentes; y, la ausencia de contraindicios consistentes [115].

### 2. EL INDICIO

*Indicio* es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado. El indicio debe estar plenamente acreditado. Es el hecho base de la presunción, es un dato fáctico o elemento de hecho que debe quedar acreditado a través de los medios

[113] MARTÍNEZ ARRIETA: «La prueba indiciaria», cit., pp. 55–56.

[114] ASENCIO MELLADO: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», cit., p. 169.

[115] Ejecutoria suprema de 19 de mayo de 1995, Expediente Nº 3732–94, Lima.

de prueba previstos en la ley. La presunción judicial no puede partir de un hecho dudoso. La Corte Suprema ha señalado que no tienen el carácter de indicios los datos no acreditados en forma plena, por lo que en ese caso se tratan de meras "presunciones" [116].

En cuanto a la prueba del indicio, se sostiene que éste debe acreditarse por medio de prueba directa y que, por lo general, debe contarse con una pluralidad de indicios.

MARTÍNEZ ARRIETA, siguiendo a la jurisprudencia ordinaria española, insiste que el acreditamiento del hecho base requiere que sea perfecto, a través de prueba directa, sin que pueda admitirse que el mismo resulte, a su vez, acreditado por prueba indiciaria, por todos los riesgos que ello supondría [117]. Sin embargo, si la presunción, como actividad intelectual probatoria que realiza el órgano jurisdiccional, es un mecanismo adecuado para formar la convicción judicial, no existe obstáculo alguno para que partiendo de una presunción se puedan formar nuevas presunciones.

Es de tener presente que la ley exige que el indicio esté acreditado y no prohíbe la concatenación de presunciones. MIRANDA ESTRAMPES anota que la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá de la existencia de un enlace preciso y directo entre la *afirmación base* y la *afirmación consecuencia*, de tal forma que de no existir el mismo su valor probatorio sería nulo, no por el simple hecho de la concatenación de las presunciones, sino porque faltaría uno de los elementos fundamentales integrantes de su estructura [118]. En igual sentido se pronuncia VEGAS TORRES, precisando que no rige la máxima *praesumptio de praesumptiones non admititur*, puesto que un indicio no podrá considerarse probado, sino sobre la base de una actividad probatoria procesal, practicada con todas las garantías, de cuyo contenido objetivo resulte la certeza del hecho indicio y que, valorada de conformidad con las reglas de la experiencia y de la lógica conduzca al convencimiento del juzgador sobre la certeza del hecho indicio [119].

---

[116] Ejecutoria suprema de 18 de marzo de 1970, Exp. Nº 1021–69, Lima (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 239–240).

[117] MARTÍNEZ ARRIETA: «La prueba indiciaria», cit., p. 64.

[118] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 242.

[119] VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 140.

De otro lado, es común señalar que es menester contar con varios indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto–causa. ASENCIO MELLADO precisa al respecto que un solo indicio, en un plano teórico, es suficiente para proporcionar tal seguridad, siempre que se esté ante supuestos de aplicación de máximas de la experiencia o científicas que puedan ser calificadas como seguras, hecho éste sin embargo bastante infrecuente [120].

Lo expuesto precedentemente, obliga a reconocer que existen indicios necesarios e indicios contingentes, en función a las causalidades que emergen de ellos. Los *indicios necesarios* prueban por sí solos plenamente la veracidad del "dato indicado" al que conducen, por lo que están exentos del requisito de pluralidad; el dato cierto resulta de una relación causal unívoca. Los *indicios contingentes*, que son los más numerosos, por el contrario, para generar convicción o consolidar ésta sobre algún aspecto del *thema probandum* o de ésta como totalidad, deben ser mínimo dos; uno solo representa apenas un argumento de probabilidad, más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o la inexistencia del hecho desconocido que se investiga, que no descarga generalmente el peligro del azar o de la casualidad [121].

Tratándose de indicios contingentes no es suficiente la *pluralidad* de ellos. También se requiere que sean *concurrentes* y *concordantes*, esto es, que no sean incompatibles entre sí; deben permitir vincularse entre sí y estar circunscritos a aspectos esenciales para conocer el *thema probandum* (v. gr.: referirse al mismo lugar o tiempo u oportunidad o móvil o propósito o hábito o concierto, etc.). El Supremo Tribunal insiste, siempre, que los indicios deben ser corroborantes y concatenados, que es lo que hace que la prueba sea determinante [122]. Igualmente, se requiere que sean indicios *unívocos*, es decir, que apunten en una misma dirección, habiéndose descartado razonablemente las otras posibles conclusiones que de ellos puedan inferirse [123].

---

[120] ASENCIO MELLADO: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», cit., p. 175.

[121] MIXÁN MASS, Florencio: *Prueba indiciaria*, BLG, Trujillo, 1994, pp. 114, 123–125.

[122] Ejecutoria suprema de 10 de febrero de 1976, Exp. Nº 1908–75, Amazonas (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 427).

[123] MIXÁN MASS: *Prueba indiciaria*, cit., pp. 125–126.

En atención a lo expuesto la Corte Suprema ha precisado que resulta inaceptable una condena basada en supuestos y presunciones –en rigor, "sospechas"– no corroboradas por prueba directa ni indicios concurrentes que produzcan convicción acerca de la intervención del imputado en el delito acusado [124]. También ha establecido que si se "... reúnen los indicios de presencia u oportunidad física, de capacidad de delincuencia o de oportunidad personal y de motivo o móvil ...; que recogidos así e interpretados todos los hechos y circunstancias que pueden conducir al descubrimiento de la verdad, por la labor de interpretación y de aproximación de los indicios que corresponde al juzgador, la pluralidad concordante de aquellos hechos y circunstancias ...", es del caso afirmar la autoría del acusado en el delito enjuiciado [125].

### 3. LA PRESUNCIÓN

Es la inferencia que obtenida del indicio permite acreditar otro hecho distinto. MARTÍNEZ ARRIETA apunta que la presunción es la conclusión del silogismo construido sobre una premisa mayor: la ley basada en la experiencia, en la ciencia o en el sentido común, que apoyada en el indicio, premisa menor, permite la conclusión sobre el hecho reconstruido [126]. Es de entender, conforme postula ASENCIO MELLADO, que la prueba indiciaria se caracteriza por la conclusión de un hecho a partir de otro mediato, por lo que es evidente que tal conclusión ha de obtenerse por medio de un razonamiento lógico que autorice a esta afirmación y que proporcione el convencimiento sobre la misma [127].

El indicio permite formular una afirmación con evidente significación probatoria. La prueba indiciaria, como tal, está sustentada en un razonamiento discursivo, de suerte que permite una conexión lógica entre el hecho indiciario y el hecho que se trata de demostrar, siendo la existencia de esa conexión lo que dota de significación probatoria al indicio.

---

[124] Ejecutoria suprema de 6 de febrero de 1973, San Martín (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 188–190).

[125] Ejecutoria suprema de 21 de agosto de 1974, Exp. Nº 250–74, Cuzco (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 133).

[126] MARTÍNEZ ARRIETA: «La prueba indiciaria», cit., p. 59.

[127] ASENCIO MELLADO: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», cit., p. 177.

Esta afirmación o enlace entre el hecho–base y el hecho–consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia [128]. Debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, siendo de rechazar por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba.

El enlace entre el hecho–base y el hecho–consecuencia debe ser preciso y directo, ser fruto de una deducción, no de una mera suposición o, lo que es lo mismo, que la inferencia sea correcta y no arbitraria y que el mencionado enlace sea racional, coherente y sujeto a las reglas de la lógica y la experiencia [129].

La eficacia del razonamiento depende, en aquellos delitos en los que el elemento temporal y el espacial (v. gr.: un robo, un homicidio, etc.) se presenta como relevante, de que pueda descartarse la coartada del imputado, es decir, que se descarten los *contraindicios*. Sobre el particular, es de tener en cuenta que si tras la investigación y análisis de la coartada se verifica su efectiva realidad, actuaría así como indicio de descargo y, por tanto, a favor del imputado, impidiendo de esta forma una condena [130].

Por el contrario, si se diera el caso que se acredita la falsedad de la coartada o, en todo caso, de algún extremo de la versión del imputado, tal situación no constituye indicio alguno de que el imputado es responsable del delito. Si bien la versión dada por el acusado es un dato a tener en cuenta, el hecho que finalmente no resulte convincente o sea contradicha por la prueba pertinente no debe servir para considerarlo culpable. El denominado "*indicio de falsa justificación*" únicamente permite inferir que su autor no realizó lo que efectivamente alega, pero en ningún caso cabe afirmar directamente, por una operación mental sin elementos interpuestos que el imputado, negativamente, fue partícipe en los hechos positivos; recuérdese, como explica ASENCIO MELLADO, que el indicio es un hecho normalmente positivo (huellas, objetos en poder

[128] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 243.

[129] ASENCIO MELLADO: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», cit., p. 177.

[130] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 250.

del acusado, etc.) que sirve para probar indirectamente la autoría del delito, mientras que el contraindicio opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional falto de base causal al menos por sí solo [131].

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al señalar, primero, que las presunciones que pueden derivarse de las contradicciones en que han podido incurrir los procesados en sus instructivas, no son eficaces como elementos de incriminación [132]; y, segundo, que las simples presunciones –léase, "sospechas"– y la falta de prueba de la supuesta coartada de los acusados, no puede constituir fundamento para un fallo condenatorio, en tanto no se ha logrado establecer fehacientemente ni la verdad ni la falsedad de la responsabilidad penal de los presuntos autores [133]. Por lo demás, es claro que si el encausado prueba su coartada fehacientemente, debe ser absuelto de la acusación fiscal [134].

## III. CLASES DE INDICIOS

Desde el punto de vista del momento de su producción, los indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes.

### 1. Indicios antecedentes

Estos indicios son los anteriores al delito. Están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito, tales como tenencia de instrumentos, amenazas previas, ofensas, enemistades, interés en la desaparición de una persona. Los tres últimos son los denominados *indicios de móvil delictivo*, que son indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que toda acción humana, y, especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias, tiene una

---

[131] Asencio Mellado: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», cit., p. 178.

[132] Ejecutoria suprema de 22 de abril de 1959 (Roncalla Valdivia: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 222–225).

[133] Ejecutoria suprema de 14 de febrero de 1994, Exp. Nº 2146–93, Piura (*Normas Legales*, T. 232, setiembre, 1995, pp. J29–J30).

[134] Ejecutoria suprema de 14 de marzo de 1973, Exp. Nº 2335–72, Ica (Taramona: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 53–55).

razón, un motivo que la impulsa [135]. Sólo asociados a otros indicios, éstos pueden constituir prueba suficiente [136].

2. INDICIOS CONCOMITANTES

Son los indicios que resultan de la ejecución del delito. Se presentan simultáneamente con el delito. A este rubro pertenecen los *indicios de presencia* y los *indicios de participación en el delito.* Los primeros, en la clasificación de GORPHE, también llamados de "*oportunidad física*", están dirigidos a establecer la presencia física del imputado en el lugar de los hechos (v. gr.: hallazgo de huellas dactilares en el lugar de los hechos, haber sido la última persona vista en compañía de la víctima, etc.). Los segundos, tienden a señalar una participación más concreta del imputado en los hechos (v. gr.: manchas de sangre en los objetos sustraídos o que sirvieron para cometer el delito, objetos de propiedad del imputado dejados en el lugar de los hechos).

En este rubro también se encuentran los indicios vinculados a la actitud subjetiva o psicológica del autor. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que "... la intención delictiva debe apreciarse siguiendo las reglas de la presunción del dolo, o sea teniendo en cuenta los medios empleados, la forma y circunstancias de hecho, la zona vulnerada, la posibilidad del resultado..." [137].

3. INDICIOS SUBSIGUIENTES

Son, al decir de MARTÍNEZ RAVE, los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito [138]. En la clasificación de GORPHE se trata de los *indicios de actitud sospechosa.* Pueden ser acciones o palabras, manifestaciones hechos posteriormente a amigos, el cambio de residencia sin ningún motivo aparente, el alejarse del lugar donde se cometió el ilíci-

---

[135] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano,* Temis, Bogotá, 1994, p. 407.

[136] Ejecutoria suprema de 14 de abril de 1955, Exp. Nº 439–54, Piura (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal,* cit., pp. 234–236).

[137] Ejecutoria suprema de 9 de junio de 1972, Exp. Nº 389–72, Cuzco (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas,* cit., T. III, pp. 31–32).

[138] MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano,* cit., p. 403.

to, el fugarse después de estar detenido, el ocultar elementos materiales del delito, la preparación de falsas pruebas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos.

## IV. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

La motivación es una exigencia de toda resolución judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 139º.5 de la Constitución. En el caso específico de la prueba indiciaria se exige especialmente, al punto de estimar inexistente esta prueba, que el juez exteriorice el razonamiento deductivo que internamente ha realizado, mediante un ejercicio de autocontrol en el desarrollo de la prueba. El órgano jurisdiccional ha de explicitar en la sentencia el razonamiento lógico utilizado para obtener de la afirmación base la afirmación presumida, esto es, la expresión del razonamiento deductivo y del "iter" formativo de la convicción [139].

Al respecto, VEGAS TORRES apunta que los indicios deben consignarse entre los hechos probados y, en el propio texto de la sentencia, debe exteriorizarse el razonamiento lógico que conduce al Tribunal a considerar fijado el hecho presunto; todo lo cual permite la fiscalización recursal de la utilización por el juzgador de la prueba de indicios, fiscalización que tiene dos vertientes bien diferenciadas: el control de la fijación de los indicios, por un lado, y el control de la existencia del enlace lógico o experimental entre los indicios y el hecho presunto [140].

[139] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 245.

[140] VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 152.

# CAPÍTULO XXVII
# LA PRUEBA PROHIBIDA

SUMARIO: **I.** Aspectos generales: 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Fundamento. 4. Alcance de la regla de exclusión. **II.** Supuestos de aplicación y alcances: 1. Supuestos de aplicación. 2. Alcances. **III.** Extensión: 1. Concepto y fundamento. 2. Excepciones.

## I. ASPECTOS GENERALES

### 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución nacional, en el art. 139º.3, consagra el derecho a un debido proceso. Este principio, como se sabe, traduce una exigencia ética y jurídica propia de un Estado de Derecho (art. 43º Const.), uno de cuyos deberes primordiales consiste en garantizar plenamente los derechos humanos, sin perjuicio de la defensa de la seguridad ciudadana y la promoción de la justicia. Adicionalmente, la Constitución nacional reconoce el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 2º.24.'e'), el mismo que exige una mínima o suficiente actividad probatoria con las garantías procesales o, también, que la certeza de la culpabilidad ha de ser obtenida de la valoración de la prueba que ha llegado al proceso con las debidas garantías.

Lo expuesto significa, desde el punto de vista de la persecución penal, que los encargados de la labor de investigación: la Policía y el Ministerio Público (arts. 166º y 158º.4 Const.) no pueden cometer actos ilícitos al cumplir la misión encomendada, no pueden violar lo establecido en las normas que constituyen las garantías propias de un *debido proceso*: está absolutamente prohibida la vulneración de tales normas. Desde esta perspectiva, entendemos por *garantías*, siguiendo a Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, el conjunto de prevenciones o cautelas, institucionalizadas en los

modernos ordenamientos bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traducen para el ciudadano, en el derecho a no ser interferido en el ejercicio de su libertad a menos que se den algunas circunstancias predeterminadas por la ley; y también en el derecho a que la acción del Estado, cuando la Constitución y la Ley le habiliten para penetrar en ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle conforme a determinadas reglas [141].

## 2. CONCEPTO

Trasladando esta base teórica a la *actividad probatoria*, aun cuando la terminología no es unívoca, se define por *prueba prohibida* (así la denominó en 1903 Ernst BELING) aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por *obtención* aquella labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, cuanto la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial [142].

Es de entender, siguiendo a Giovanni CONSO, que las normas relativas a la prueba son normas de garantía con fundamento constitucional, pues están dirigidas a asegurar la garantía de defensa del acusado (art. 139º.14 Const.). Ello viene a significar, apunta Jacobo LÓPEZ–BARJA DE QUIROGA, que las prescripciones legales sobre la prueba tienen directo amparo constitucional y que de ellas se deduce, tanto que sólo es posible la realización de las pruebas en la forma expresamente prescrita por la ley, en tanto ésta sea compatible con los derechos fundamentales, cuanto que su actuación debe sujetarse a las normas que con tal fin ha de existir [143].

---

[141] ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto: «La función de las garantías en la actividad probatoria», en: AA.VV.: *Valoración de la prueba*, F&G Editores, Guatemala, 1996, p. 78.

[142] ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 81–82.

[143] LÓPEZ–BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, pp. 83–84.

En el centro de esta institución se encuentra obviamente el interés en una persecución eficiente que se enfrenta hoy frecuentemente con los derechos del ciudadano individual. Este debate se alza sobre una idea sustancial, resumida en una brillante expresión de la Corte Suprema Federal alemana: "*No es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana que la verdad deba ser investigada a cualquier precio. Ha de considerarse que el fin de averiguar* (aufklârungspflicht) *y sancionar los hechos punibles es ciertamente de la mayor importancia, pero no puede constituir siempre y bajo cualquier circunstancia interés prevalente del Estado*". El respeto de los derechos fundamentales es, pues, el límite de los poder públicos en su lucha contra la criminalidad, de ahí que Eberhard STRUENSEE concluya que quien quiere combatir el ilícito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad [144]. El interés legítimo a un proceso plenamente eficaz encuentra su límite en el interés y en la garantía de los derechos fundamentales.

## 3. FUNDAMENTO

Ernst BELING desde el año 1903 sostenía que el medio de prueba prohibido no puede ser en forma alguna utilizado, ni puede ser tenido en cuenta por el juez en la sentencia, pues había que considerarlo como no realizado. Esta posición significa que la prohibición de prueba tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado. La violación o vulneración de las reglas sobre la prueba, determinan su exclusión del universo probatorio que debe valorar el juez. Tiene un carácter imperativo.

Sobre esa base fue la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de Estados Unidos (*illegally obtained evidence*), como ninguna otra, la que, tímidamente, en el *"Caso Boyd vs. U.S."* en 1886 y, resueltamente, en el *"Caso Weeks vs. U.S."* en 1914 (para la justicia federal) y los casos *"Rochin vs. California"* en 1952 y *"Elkins vs. U.S."* en 1960 (para la justicia estatal), introdujo la denominada *exclusionay rule* o regla de exclusión [145].

Conforme señala LÓPEZ–BARJA DE QUIROGA, desde el propio surgimiento de la regla de exclusión surgieron tesis favorables o desfavorables a su

---

[144] STRUENSEE, Eberhard: «La prueba prohibida», en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año II, Nº 4, Lima, 1994, p. 667.

[145] DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 106–109.

vigencia. Quienes la cuestionan parten de que la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirador del proceso y, por tanto, resultaría contradictorio prescindir de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para el justo resultado del proceso. En cambio, quienes la apoyan consideran su validez sobre la base de tres razonamientos: **1.** Que sólo defendiendo la inadmisibilidad de la prueba prohibida puede conformarse un Estado de Derecho, ya que el amparo judicial a tales ilegalidades repercute necesariamente en las demás estructuras del Estado. **2.** Que la verdad no es un valor absoluto y existen límites derivados del respeto de los derechos fundamentales (entiéndase que éstos tienen una doble dimensión: como derechos subjetivos de los ciudadanos y como elementos esenciales del ordenamiento de la comunidad nacional). **3.** Que la ausencia de las reglas de exclusión produce de hecho una ausencia de control sobre la policía, lo cual no redunda en beneficios sociales [146].

En rigor, la posición legal y doctrinal respecto a la prueba prohibida traduce, como apunta Fabricio GUARIGLIA siguiendo a Herbert L. PACKER, los modelos de Estado: el modelo de "control del delito" y el modelo del "debido proceso"; el primero, administrativo y gerencial, el segundo, contradictorio y judicial [147]. El interés de un Estado poderoso en castigar a todos los culpables, que exige una averiguación ilimitada de la verdad: modelo del Estado–Policía; en cambio, el interés del Estado de Derecho exige una limitación de las pesquisas estatales, a fin de salvaguardar los derechos de los inocentes y, especialmente, los derechos fundamentales: modelo del Estado de Derecho. Así explica el tema el Profesor Karl Heinz GÖSSEL, pues se trata de una encrucijada entre los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales.

---

[146] LÓPEZ–BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., pp. 89, 99–100.

[147] GUARIGLIA, Fabricio: «Las prohibiciones probatorias», en: AA. VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 19.

## 4. ALCANCE DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

La regla de exclusión tiene, sin duda, un fuerte acento político, pues se focaliza en los límites del poder de investigación del Estado y en la necesidad de respetar los derechos fundamentales. MAIER precisa, al respecto, que la decisión judicial contraria al interés del portador de la garantía no puede ser fundada en elementos de prueba obtenidos mediante su inobservancia o con violación de las formas previstas en resguardo de la garantía [148].

En la jurisprudencia norteamericana existen dos doctrinas que han tratado de limitar la configuración absoluta de esta regla: si se establece la violación de un derecho fundamental, la evidencia obtenida carece de valor probatorio. En efecto, se trata de las doctrina del *Balancing Test* y la doctrina de la *Good faith exception.*

La doctrina del *Balancing Test* (*ponderación de costos*) se inicia con el *"Caso U.S. vs. Calandra"* de 1974. Esta doctrina se construyó sobre una afirmación sustancial: la regla de exclusión tiene un sustento preventivo, esto es, que su objetivo es prevenir las actuaciones ilegales de la policía. Sobre esa base creó el denominado *balancing test* que implicaba que cada vez que se pretendía excluir la prueba había que sopesar hasta qué punto con ello se lograba evitar futuras actuaciones ilícitas de la policía; en consecuencia, no merece la pena sacrificar evidencia de gran valor probatorio, en casos en que el efecto preventivo no parecía claro.

Esta concepción parte de la afirmación que la regla de exclusión no es un derecho constitucional, sino de un remedio judicial. En todo caso, de que el derecho a la prueba y a la averiguación de la verdad tiene un nivel equivalente al derecho constitucional violado y al derecho del acusado al debido procedimiento, lo cual no es exacto. Los primeros, señala LÓPEZ–BARJA DE QUIROGA, no tienen jerarquía constitucional y no son absolutos, sino que puede esgrimirse tal derecho sólo cuando se plantee dentro de los márgenes legales, de ahí que no pueda existir conflicto alguno, sino únicamente el derecho del acusado a que se respete el derecho al debido procedimiento, y éste si es un derecho absoluto e inquebrantable, no sólo del acusado sino de la sociedad en su conjunto [149].

---

[148] MAIER: *Derecho procesal penal argentino*, cit., T. I–b, p. 463.

[149] LÓPEZ–BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., p. 111.

Es, pues, inaceptable recurrir a la *ponderación de costos* como "factor de corrección" frente a la adquisición irregular de prueba por parte del Estado; no es la regla de exclusión, sino la enmienda misma (la disposición constitucional) la que ha impuesto este costo [150].

La doctrina de la *Good Faith Exception* (excepción de la buena fe) se consolidó en el *"Caso Leon vs. U.S"*. en 1984. Esta nueva excepción, siempre bajo la óptica preventiva arriba anotada en orden a las actuaciones policiales, funciona cuando la policía al realizar el acto ilícito, para obtener la prueba, creía que lo hacía dentro de la ley, obrando de "buena fe". Habrá de tenerse en cuenta no sólo la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión que se había producido en la esfera del derecho constitucional afectado y, además, "la conciencia de la violación"; si el agente policial actúa de forma razonable, creyendo que lo hacía de conformidad con la Constitución.

En el caso de esta doctrina, como apunta DÍAZ CABIALE, ya no sólo se trata de determinar si la aplicación de dicha regla va a tener o no efectos preventivos, lo que puede hacerse en base a criterios más o menos objetivos, sino que a la luz de este nuevo criterio el Juez va a tener que determinar qué constituye la "buena fe" en una concreta actuación policial, y esto sólo se puede hacer en base a criterios subjetivos, aunque las circunstancias del caso también puedan orientar la resolución [151].

Obviamente, ambas concepciones parten de una opción de política legislativa, de asumir los criterios sobre reglas de exclusión que en momentos concretos asuma la opinión pública. Allí reside su error, por cuanto la regla de exclusión constituye una exigencia constitucional derivada del debido proceso y, además, es una exigencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Sobre el particular, VIVES ANTÓN anota que los derechos fundamentales no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las *reglas básicas de*

---

[150] GUARIGLIA, Fabricio: «Las prohibiciones de valoración probatoria», en: AA. VV.: *Valoración de la prueba*, F & G Editores, Guatemala, 1996, p. 138.

[151] DÍAZ CABIALE: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, cit., p. 112.

*procedimiento* a las que han de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático; por lo demás, sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida [152].

## II. SUPUESTOS DE APLICACIÓN Y ALCANCES

### 1. Supuestos de aplicación

El art. 195º del Código de 1991 estipula que: "*todo medio de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a ley*". A su vez, el art. XI del Título Preliminar del Proyecto de 1995 en su segundo párrafo agrega: "*Carecen de efecto legal los elementos de prueba obtenidos mediante violencia moral, psíquica o física o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, la indebida intromisión en la intimidad de domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los documentos y los archivos privados, así como las demás que se obtengan con violación de los derechos fundamentales de la persona*".

Ambas normas hacen mención a los medios de prueba y a los elementos de prueba, obtenidos con infracción a la Constitución (derechos fundamentales) como a las pautas fijadas por la ley. Cuida no sólo el procedimiento vinculado a la incorporación y práctica de las pruebas, sino también la actividad relativa a la búsqueda y consecución de las fuentes de prueba.

Por consiguiente, de conformidad con lo sostenido por Vegas Torres [153], dos son los supuestos incorporados en esta institución: **1.** Cuando en la práctica de pruebas no se hayan observado las formales legales que aseguren la efectividad de las exigencias constitucionales de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación. **2.** Cuando en la práctica de diligencias policiales y sumariales –actos de investigación– no reproducibles en juicio se hayan lesionado algún derecho fundamental.

---

[152] Vives Antón, Tomás: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 305–306.

[153] Vegas Torres: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 122.

## 2. ALCANCES

La doctrina germana, de la que da cuenta GÓMEZ COLOMER, distingue entre prohibiciones acerca de la práctica de pruebas y prohibiciones acerca del aprovechamiento de resultados probatorios [154].

*A. Prohibición de la práctica de pruebas*

En este *primer nivel*: prohibición acerca de la práctica de pruebas, se tiene que la persecución penal no es ilimitada y que el límite está dado por los derechos fundamentales de las persona cuyo cuidado corre a cargo de la garantía genérica del *debido proceso*; el ciudadano tiene derecho a exigir que el proceso en su contra se desarrolle debidamente. Las normas vinculadas a esta prohibición se pueden clasificar del siguiente modo:

1) *Prohibiciones de temas probatorios.* Se trata de aquellos supuestos en los que determinados hechos no pueden ser objeto de prueba. Los ejemplos más saltantes son los secretos oficiales, vinculados a la seguridad nacional –interna o externa– del Estado (arts. 184º del Código de 1940), las informaciones propias del secreto profesional y aquellas vinculadas al derecho de reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole (art. 2º.18 Const.).

2) *Prohibiciones de medios de prueba.* Se trata de aquellos supuestos en los que determinados medios de prueba no pueden ser utilizados. Es de destacar, por ejemplo, la exclusión que declara la ley para el testimonio de determinadas personas (arts. 141º del Código de 1940 y 203º del Código de 1991). A dichas personas se les debe advertir, en todo caso, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte. Otro ejemplo se presenta en el caso de las denominadas "testificales anónimas", en cuya virtud la legislación italiana ha estipulado que los funcionarios policiales están prohibidos de consignar noticias recibidas de personas cuyos nombres no pueden facilitar al juez; de igual manera, a partir de la Convención Europea de Derechos Humanos (similar en este extremo a la Convención Americana) que consagra la regla del debido proceso, la jurisprudencia alemana ha establecido que los policías

[154] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., pp. 134–135.

no pueden hacer mención a fuentes anónimas en sus partes, comunicaciones o declaraciones si es que no pueden revelarlas o identificarlas.

**3)** *Prohibiciones de métodos probatorios.* Se trata de aquellos supuestos en los que con ocasión de una práctica de una prueba concreta, no pueden utilizarse determinados métodos. Los arts. 132º del Código de 1940 y 121º del Código de 1991, prohiben utilizar métodos de coerción contra el imputado para obligarlo, inducirlo o determinarlo, ya sea a declarar contra su voluntad o a que confiese su autoría o participación en el hecho objeto del proceso. El art. 2º.24.h) de la Constitución dispone que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. De igual manera, no cabe utilizar la hipnosis, el detector de mentiras y el narcoanálisis, por violar el principio de dignidad de la persona y el derecho a la autodeterminación personal (arts. 1º y 2º de la Const.).

**4)** *Prohibición condicional de la prueba.* Recoge aquellos supuestos en los que la prueba no es ordenada o realizada por determinadas personas o no es practicada en determinada forma. En este rubro es de tener en cuenta, por ejemplo, que la intervención corporal debe realizarse por personal idóneo, que el allanamiento fuera de la flagrancia requiere orden judicial, que el reconocimiento de personas necesita, en lo esencial, de que se ponga a la vista de quien realizará la identificación de un conjunto de personas de aspecto exterior semejante, que la confesión es un acto típicamente judicial y, por tanto, que la admisión de cargos en fase preprocesal requiere ineludiblemente la ratificación judicial en el acto oral [155].

Un caso interesante recoge la jurisprudencia alemana acerca de los diarios íntimos. La Corte Suprema Federal alemana precisa que la valoración de diarios íntimos está prohibida por lesionar la dignidad del hombre y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, pero tiene como límite el hecho que las notas no contengan expresiones altamente personales, sino que por ejemplo informen acerca de la comisión de delitos, o contengan referencias comerciales y similares. Tal decisión [156], valiosa por su posición de principio, sin embargo –como

---

[155] HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 190 (Nota de MUÑOZ CONDE).

[156] *BGH*, T. 34, p. 39 (citado por STRUENSEE: «La prueba prohibida», cit., p. 678).

indica GÖSSEL– contiene premisas cuestionables, como el sostener que al fijar por escrito sus expresiones, el afectado la ha liberado de su ámbito interno, dominado por él [157].

Finalmente, otro supuesto valioso de prohibición condicional de la prueba se encuentra en lo que se denomina "*prueba provocada*". La Corte Suprema Federal alemana, como apunta ROXIN, la ha considerado, sin embargo, como un caso de presupuesto procesal de la acción penal respecto del acusado, en la que el Estado pierde la posibilidad de perseguir penalmente a una persona si actúa como productor del delito y por ende de la prueba, es decir, está limitado en su actuación procesal de orden persecutorio. Esta posición se sustenta en la aplicación doctrinal del principio *venire contra factum proprium*, esto es, el Estado no puede castigar a quien él mismo ha llevado a la comisión del delito [158].

La citada doctrina ha tenido un desarrollo especial en la jurisprudencia americana, bajo lo que se ha denominado "*doctrine of entrapment*" (entrampamiento), ubicada como una defensa integrante del debido proceso. Ernesto CHIESA APONTE enseña que existen dos teorías: objetiva y subjetiva. La teoría *subjetiva*, que es la mayoritaria, está centrada en la predisposición del acusado a delinquir, por lo que si se establece que el acusado está predispuesto a cometer el delito y que la conducta de la autoridad sólo facilitó la comisión del delito, no existe delito provocado que origine la exclusión de responsabilidad penal; en el *"Caso Sorells vs. U.S."* de 1932 se dijo que para que progrese la defensa bajo el entrampamiento se debe acreditar que el designio criminal del imputado debe haberse originado en los agentes provocadores, que implantan en la mente del inocente la disposición de cometer el delito. Por otro lado, la teoría *objetiva* considera que lo decisivo no es la predisposición del acusado sino el tipo de conducta de los agentes del gobierno; conducta que traspasa la frontera de lo permisible, por tanto "si la conducta del gobierno es tal que 'entrampa' aun a una persona no predispuesta, la defensa progresa aun para el beneficio del predispuesto"; la determi-

[157] STRUENSEE: «La prueba prohibida», cit., p. 679.

[158] PÉREZ ARROYO, Miguel: *La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida*, Universidad de Castilla–La Mancha, Albacete, 1977, p. 45.

nación es objetiva en el sentido de que es objetiva la legítima defensa, o que es objetivo el criterio para determinación de culpabilidad [159].

*B. Prohibición de utilizar la prueba*

Esta prohibición se refiere a la imposibilidad de valorar o apreciar la prueba, en aquellos casos en los que no se han observado los presupuestos ligados a la práctica de las pruebas concretas.

Resulta clarísimo que si la norma vulnerada es de directa relevancia constitucional no cabe otra opción que declarar la ineficacia procesal de la evidencia obtenida. Empero, si la norma violada es de carácter ordinario y no afecta en grado directo un derecho fundamental, es del caso acudir a la teoría de la *"ponderación de los intereses involucrados"*, en cuya virtud, como anota GONZÁLES–CUELLAR SERRANO apoyándose en Claus ROXIN, el desconocimiento de los formalismos procesales no conlleva la imposibilidad de la valoración de la prueba, si en tales supuestos la infracción legal no supone vulneración del derecho "a un proceso con todas las garantías" o del derecho a la igualdad de las partes, para lo cual ha de tenerse presente el principio de proporcionalidad según los intereses en conflicto según las circunstancias del caso concreto [160].

Es de tener en cuenta, en este punto, que la exclusión de la prueba no constituye un artículo de previo y especial pronunciamiento, ni debe promoverse un artículo de nulidad de actuados. Al respecto, Antonio JIMÉNEZ PERICAS afirma que la dilucidación de si se está ante un supuesto de prueba prohibida debe hacerse en el momento de expedirse el fallo, al dictarse una resolución que importe un necesario juicio sobre la imputación o cuando se trata de admitir determinada prueba [161].

---

[159] CHIESA APONTE, Ernesto: *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Fórum, Bogotá, 1991, T. II, pp. 74–76.

[160] GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 340.

[161] JIMÉNEZ PERICAS, Antonio: «Sobre la prueba ilícitamente obtenida», en: AA. VV.: *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992, pp. 288–289.

## III. EXTENSIÓN

### 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La jurisprudencia extranjera y el derecho comparado se ocupan del tema de la extensión de la prueba prohibida a fin de afirmar la ineficacia procesal de quebrantamientos indirectos a los derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba. Se trata de lo que la jurisprudencia americana denomina *the fruit of the poisonous tree doctrine* (doctrina del fruto del árbol envenenado) o *The tainted fruit* (fruto podrido o manchado) y la doctrina eurocontinental *teoría del efecto reflejo de las pruebas ilícitas* o *efecto extensivo* (*fernwirkung* en Alemania). En buena cuenta es una derivación importante de la prohibición de aprovechamiento de resultados probatorios, que el art. IX del Título Preliminar del Proyecto de 1995 incorpora, siguiendo el modelo español (art. 11º.1 LOPJ), bajo el término "*indirectamente*".

Se entiende por *efecto reflejo* aquellos supuestos en los que la prueba ha sido obtenida en forma lícita, pero se ha llegado a ella gracias a conocimientos seguidos en forma ilícita. Por ejemplo, un detenido revela en un interrogatorio ilegal el lugar donde ocultó las armas y el lugar donde se encuentra el botín del robo; la policía acude al Fiscal y éste solicita al Juez una orden de allanamiento, la que permite ingresar a dos predios, donde efectivamente se encuentra lo que se buscaba, levantándose el acta de incautación o secuestro correspondiente.

En virtud de esta concepción, como apunta TOMÉ GARCÍA, la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que si bien son en sí misma legales, no obstante se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas [162]. Ello es así, según MAIER, porque la regularidad formal de un acto sólo constituye un indicio de la legitimidad de la incorporación al proceso de su contenido material; si el acto regular no hubiera existido sin la inobservancia anterior de una regla esencial para la incorporación válida de un elemento de prueba al proceso, el conocimiento adquirido mediatamente, a través del acto aparentemente regular, también queda vedado [163].

[162] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.: Derecho procesal penal*, cit., p. 469.

[163] MAIER: *Derecho procesal penal argentino*, cit., T. I–b, p. 469.

El método aconsejable para verificar si una actuación procesal es derivación necesaria del acto inicial violatorio de la garantía, es el de la supresión mental hipotética. Si al suprimirse mentalmente el acto viciado, desaparece hipotéticamente tal actuación, es porque constituye fruto o derivación necesaria de aquél [164].

En los supuestos que envuelve esta teoría, se busca –señala CAFFERATA NORES– hacer operativa en el proceso penal las garantías constitucionales, de suerte que se debe privar de valor, no sólo a las pruebas que constituyan el *corpus* de su violación, sino también a aquellas que sean la consecuencia necesaria e inmediata de ella, descalificando así tanto sus quebrantamientos palmarios o evidente, como los larvados encubiertos [165].

Esta teoría surgió en la jurisprudencia americana a partir del *"Caso Silverthone Lumber Co. vs. U.S."* de 1920 con referencia a un allanamiento ilegal y su nombre se debe a la denominación que le dio el Juez Supremo FRANKFURTER en el *"Caso Nardone"* en 1939, referido a grabaciones telefónicas no autorizadas. Otros casos relevantes son el de *"Rochin vs. California"* de 1952, referido a extracción de droga del estómago del imputado mediante la utilización de una sonda; y, el de *"United States vs. Wade"* de 1967, referido a irregulares reconocimientos en rueda de personas.

## 2. EXCEPCIONES

Desde la perspectiva jurisprudencial norteamericana, no toda prueba que procede de una evidencia ilícitamente obtenida es excluida. La base de las excepciones reside en que están ausentes los fundamentos mismos de la aplicación de la regla: **a)** el factor disuasivo para que la policía no incurra en procedimientos irregulares; y, **b)** la defensa de la integridad de la función judicial [166]. La Suprema Corte de Estados Unidos en los casos *"Nardone"* (1939), *"Won Sun"* (1963) y *"Ceccolini"* (1978), estableció la doctrina del *Independent source* (curso causal independien-

---

[164] CAVALLERO, Ricardo Juan: *Justicia criminal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 55.

[165] CAFFERATA NORES, José Ignacio: «La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales», en su: *Temas de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 197–198.

[166] CAVALLERO: *Justicia criminal*, cit., p. 54.

te). En virtud de ella, no es un efecto reflejo aquellas evidencias que inevitablemente se hubieran producido de realizarse actividades legales de investigación, sin relación causal con la violación legal, que es el supuesto típico reconocido en el caso *"State vs. O'Bremski"*. Dice al respecto DÍAZ CABIALE que esto último es aceptable en la medida en que la prueba ha sido conocida en forma independiente, como en el caso aludido, en el que un registro ilegal del apartamento del imputado permitió descubrir la presencia de una menor de catorce años cuyo testimonio fue utilizado en una causa de estupro seguido contra él [167].

Otra excepción conocida es la del *"Caso Nix vs. Williams"* (1984), en el que se adoptó la teoría del inevitable descubrimiento o *inevitable discovery*. Según ella, afirma GUARIGLIA, una prueba obtenida de modo irregular puede ser valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta por medios lícitos; es decir, se trata de determinar, en cada caso, si a través de un curso causal hipotético se hubiera llegado en forma regular a la obtención de la misma prueba [168]. LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA refuta esta concepción porque es de considerar que el problema se encuentra en primer lugar en determinar el carácter de "consecuencia" del segundo acto o prueba lícitamente obtenida, en relación con el primer acto, que fue ilegal; es preciso que entre un acto y el otro exista una relación de causa-efecto, o que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que pueda afirmarse clara y rotundamente que el segundo acto es "consecuencia" del primero [169]. No es posible acudir a especulaciones y es del caso tener en cuenta como decisivo si la lesión al derecho individual efectivamente ha acontecido.

En tal virtud, la crítica más consistente a esta última excepción se sustenta, apunta CAVALLERO, en el hecho que abarca hipótesis que apreciados *ex post* podrían haber ocurrido, pero no es seguro que ocurrirán [170].

---

[167] DÍAZ CABIALE: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, cit., p. 124.

[168] GUARIGLIA: «Las prohibiciones de valoración probatoria», cit., p. 142.

[169] LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., p. 117.

[170] CAVALLERO: *Justicia criminal*, cit., p. 54.

# CAPÍTULO XXVIII
# VALORACIÓN DE LA PRUEBA

SUMARIO: **I.** El principio de la verdad procesal. **II.** El principio de la libre valoración: 1. Concepto. 2. Alcance de la libre valoración. 3. Libre valoración y presunción de inocencia. **III.** El principio de la solución de la incertidumbre.

## I. EL PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL

Uno de los fines o funciones del proceso y, en rigor, un principio en materia probatoria, es el hallazgo de la verdad objetiva. El procedimiento penal procura llegar a conocer la verdad acerca de la hipótesis delictiva, esto es, de la imputación dirigida a una persona. Julio MAIER sostiene al respecto que esta función sólo debe de ser considerada como un ideal, o sea como un objetivo al que tiende el procedimiento penal, que constituye una de sus razones de ser, pero que, en un proceso concreto, puede no ser alcanzada, sin que ese procedimiento carezca de sentido [171].

La *verdad judicial*, como apunta FERRAJOLI [172], es una verdad aproximativa del ideal ilustrado –de la época de la ilustración– de la perfecta correspondencia. Como tal, explica, tiene algunos límites específicos, derivados del hecho de que el juez examina no los hechos delictivos objeto del juicio sino sus pruebas y de que la comprobación judicial

---

[171] MAIER: *Derecho procesal penal argentino*, cit., T. I–b, p. 573.

[172] FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 45–60.

debe concluir en algún momento, al punto de incorporar una regla jurídica de favorabilidad al acusado en caso de incertidumbre, todo lo cual revela su *carácter probabilístico*. A ello se agrega, insiste, tanto la inevitable dosis de prejuicio que está presente en todo juicio, aunado al subjetivismo de numerosas fuentes de prueba propias de la actividad probatoria judicial, cuanto lo que significa la cosa juzgada, que impide el control intersubjetivo sobre la validez de su conclusión. La verdad judicial es, además, una verdad normativa construida sobre la base de un método constituido por reglas y procedimientos que disciplinan la comprobación de la verdad y le imprimen un carácter autorizado y convencional: preclusiones, testimonios inadmisibles, inutilizabilidad de las pruebas ilícitamente adquiridas, limitaciones probatorias.

Este principio de la *verdad judicial* o *forense*, aun cuando tiene fundados límites, exige que el caso judicial no debe estar construido sobre datos que no existan y que no debe faltar ninguno de los que sean relevantes, de ahí que las normas jurídicas que regulan la prueba se asientan en la racionalidad de una metodología empírica; por consiguiente, una cuestión de hecho relevante para el caso debe quedar fijada en la convicción judicial o probada cuando es conforme según un criterio empírico. Señala HASSEMER que a un caso erróneamente construido sólo puede seguir una sentencia "injusta", pues ésta habrá resuelto un caso distinto al que realmente subyace a la misma. Para evitar dicha injusticia es que la ley ha estructurado los modelos de comprensión escénica: contradicción efectiva, igualdad de armas, publicidad, oralidad, inmediación, etc. [173].

## II. EL PRINCIPIO DE LA LIBRE VALORACIÓN

El principio de la verdad judicial o forense no es el único en materia probatoria. Nuestra legislación procesal reconoce otros dos principios esenciales: **a)** el principio de *libre apreciación*; y, **b)** el principio de *solución de la incertidumbre*. El primero se refiere a las leyes que gobiernan el convencimiento judicial, es decir, cómo debe razonar el juez cuando valora las pruebas, mientras que el segundo se circunscribe a la solución jurídi-

[173] HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, cit., pp. 180–182.

ca que prescribe nuestro ordenamiento jurídico en aquellos supuestos en los que la actividad probatoria presenta un equilibrio de pruebas de cargo y de descargo.

## 1. CONCEPTO

La *valoración de las pruebas* reconoce, según VÉLEZ MARICONDE [174], tres sistemas: íntima convicción, prueba legal y libre convicción o sana crítica racional. La *íntima convicción* implica de consuno: **a)** inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe acordar a los elementos de prueba; y, **b)** que él no está obligado a explicar las razones determinantes de su juicio. Se trata de un sistema propio del jurado de conciencia, de jurados populares.

El método de la *prueba legal*, propio del proceso inquisitivo, consiste en que la ley establece múltiples normas restrictivas, ya sea para exigir que algunos hechos se prueben de un modo determinado y no de otro (normas sobre el cuerpo del delito) ya sea para prever el valor de los medios de prueba mediante presupuestos o condiciones que actuaban positiva o negativamente. La ley actúa de un *modo positivo* cuando prescribe que verificándose ciertos presupuestos, por ella misma indicados, un hecho debe ser considerado como verdadero por el Juez, aun cuando él no esté personalmente convencido; y lo hace de un *modo negativo* cuando prohíbe al Juez que considere un hecho como verdadero, si no se verifica un cierto mínimo de prueba, que ella misma establece.

El proceso penal contemporáneo, de base preponderantemente acusatoria y oral, en tanto es dirigido por jueces técnicos (modelo eurocontinental), sigue el sistema de la *libre convicción* o *valoración* (también se le denomina de la *sana crítica racional*). Este sistema establece, al decir de CAFFERATA NORES, la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia del primer método, que las conclusiones a que se llega sean el fruto racional de las pruebas en que se las apoye; la libertad de apreciación del juez encuentra un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano [175].

---

[174] VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986, T. I, pp. 353–358.

[175] CAFFERATA NORES, José Ignacio: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 42.

Los Códigos de 1940 y de 1991 (arts. 283º y 193º, respectivamente) nos dicen que la valoración de la prueba se hace con *criterio de conciencia.* Este vocablo, apunta GARCÍA RADA, fue introducido por Mariano H. CORNEJO en el derogado Código de Procedimientos en Materia Criminal y mantenida por ZAVALA LOAIZA en el Código de 1940, quien señaló que este método daba mayor flexibilidad al juzgador y le permitía lograr una más exacta apreciación de las pruebas, "en tanto representa el libre examen de la prueba, la crítica reflexiva no sujeta a reglas que cohiban la conciencia del Juez, quien debe proceder conforme a su íntima convicción, pero fundamentando sus resoluciones con las razones que lo han determinado a pronunciarse en uno u otro sentido" (176).

Según GARCÍA RADA el criterio de conciencia es una conquista para la evaluación de las pruebas, acorde con el sistema de la libre apreciación judicial (177).

GIMENO SENDRA acota, de un lado, que la libre valoración de la prueba no significa libre arbitrio, ni posibilidad de entrada a la "ciencia privada"; y, de otro lado, que la libre valoración, en *primer lugar,* ha de versar sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral, sin perjuicio de atender a la prueba anticipada y a la preconstituida; en *segundo lugar,* no puede versar sobre la prueba obtenida ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales; y, en *tercer lugar,* se ha de realizar con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la "sana crítica", lo que conlleva la obligación, máxime si se trata de la denominada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la declaración de hechos probados (178).

En este sistema, precisa GÓMEZ ORBANEJA, se requiere –para que la sentencia declare un hecho como probado– el pleno convencimiento del juez; sólo en los hechos de que quede efectivamente convencido, podrán basarse los efectos jurídicos que el derecho les atribuya; no basta la probabilidad, la verosimilitud o la sospecha (179). En este mismo sentido, la Corte Suprema ha dejado sentado que las pruebas deben produ-

(176) Cfr. ZAVALA LOAIZA, Carlos: *El proceso penal y sus problemas,* Lima, 1947, p. 43.

(177) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal,* cit., p. 299.

(178) GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 381.

(179) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal,* cit., p. 277.

cir plena convicción respecto a la comisión del delito denunciado, así como de la culpabilidad atribuida al agente [180]; de igual manera, ha establecido que la imposición de una pena requiere criterio de certeza en el juzgador, como resultado de probanza plena y fehaciente que acredite inobjetablemente la responsabilidad del acusado [181].

El convencimiento judicial debe reflejarse en la sentencia de acuerdo a una efectiva motivación, la cual –sostiene CAFFERATA NORES– requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la *descripción* del elemento probatorio (v. gr.: el testigo dijo tal o cual cosa) y su *valoración crítica*, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya [182].

El supremo Tribunal ha recordado que, primero, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en hechos debida y suficientemente probados [183]; y, segundo, que el juicio de responsabilidad requiere de un razonamiento lógico–jurídico que le permita llegar al juez a la certeza y verdad legal, utilizando el criterio de conciencia a que hace referencia el art. 283º del Código de Procedimientos Penales al apreciar la prueba [184].

De otro lado, la jurisprudencia nacional ha delimitado el alcance jurídico del criterio de conciencia, sosteniendo: **1.** Que el criterio de conciencia no autoriza para variar o no aplicar la ley penal [185]. **2.** Que no es dable confundir la libertad de que gozan los tribunales para apreciar con criterio de conciencia los hechos que determinan la absolución o la condena, con la arbitrariedad al aplicar la ley o al interpretarla [186].

---

[180] Ejecutoria suprema de 13 de setiembre de 1995, Exp. Nº 2392–94–B, Callao (*Normas Legales*, T. 247, diciembre, 1996, p. A19).

[181] Ejecutoria suprema de 7 de marzo de 1974, Exp. Nº 1429–93–B, Puno (*Normas Legales*, T. 244, setiembre, 1998, p. J14).

[182] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 43.

[183] Ejecutoria suprema de 14 de febrero de 1994, Exp. Nº 3101–93 (*Normas Legales*, T. 233, octubre, 1995, pp. J42–J43).

[184] Ejecutoria suprema de 22 de junio de 1990, Exp. Nº 636–90, Lima (*Normas Legales*, T. 210, noviembre, 1993, pp. J12–J13).

[185] Ejecutoria suprema de 14 de noviembre de 1991 (*Revista del Foro*, 1931, Lima, p. 311).

[186] *Anales Judiciales*, 1929, Lima, p. 81.

## 2. ALCANCE DE LA LIBRE VALORACIÓN

Si bien en el procedimiento penal contemporáneo no existen pruebas tasadas o de valoración legal y, por tanto, el juez no está vinculado a una determinada disposición probatoria, la actividad judicial ha venido sentando un conjunto de reglas producto de la experiencia cotidiana en el quehacer de la administración de justicia.

ROXIN, sobre la base de la jurisprudencia alemana, precisa lo siguiente: 1. Que el Tribunal es libre frente a las declaraciones testificales, incluso frente a las realizadas bajo juramento. 2. Que el Juez puede creer en lo que ha declarado el acusado, frente a una mayoría de testigos de cargo bajo juramento. 3. Que el Juez no está vinculado a ningún tipo de documentos. 4. Que el convencimiento del Tribunal puede fundarse también en una prueba de indicios. El Juez, sin embargo, está vinculado por las leyes del pensamiento y de la experiencia [187].

De igual modo, es de tener presente que, inclusive, el juez no está atado fatalmente a las conclusiones de los peritos, de suerte que la pericia se aprecia según las reglas de la crítica y el criterio de conciencia que autoriza la ley, desestimando de este modo reconocer al perito la condición de juez de jueces [188].

## 3. LIBRE VALORACIÓN Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En aras de un adecuado entendimiento de la libre valoración, y como consecuencia de una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico, en cuya virtud una norma jurídica (art. 283º del Código de 1940) debe interpretarse y atribuírsele un significado o sentido que sea consistente y coherente con el de otra u otras normas (art. 2º.2.'e' Const.), resulta imprescindible relacionar este principio con el de presunción de inocencia.

Conforme se señaló inicialmente la presunción de inocencia, en tanto derecho fundamental, exige que sólo pueda desvirtuarse en la medida en que en el proceso penal se lleve a cabo una mínima –en el sentido de 'suficiente'– actividad probatoria producida con las garantías

---

[187] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 52.

[188] TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 41–42.

procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado. Es de tener presente, como consecuencia de lo expuesto, que "el juzgador no puede prescindir de la prueba practicada regularmente en el proceso y sólo sobre los resultados de ésta puede apoyar el juicio fáctico de la sentencia, con independencia de que los resultados de la valoración de la prueba coincidan o no con su convicción personal acerca de la certeza de los hechos" [189].

La necesaria primacía del derecho fundamental a la presunción de inocencia importó de hecho una reconceptualización de la libre valoración de la prueba. Ésta requiere, siguiendo a Juan IGARTUA SALAVERRÍA [190], que se cumplan tres requisitos esenciales: **1.** Que la fuente de información utilizada por el juez en su razonamiento sea una *prueba* en el sentido y reconocimiento que la ley fija, por tanto no es legítimo condenar con prueba inexistente, no se puede valorar la nada o el vacío probatorio más absoluto; desde esta perspectiva, *prueba en conciencia* quiere decir, por supuesto, libertad de apreciación de la prueba, pero en manera alguna prescindiendo de la prueba, desde la obligada distinción entre medio y resultado. **2.** Que además de presencia formal de pruebas, es necesario que éstas sean *congruentes* con lo que ha de probarse, es decir, que el resultado de la prueba sea tal que pueda racionalmente considerarse de cargo; no basta, por tanto, que se haya practicado prueba e, inclusive, con gran amplitud, sino que ésta contenga elementos incriminatorios respecto de la participación del imputado en el hecho. **3.** Que las pruebas congruentes arriba señaladas, sean *suficientes* para fundamentar el juicio de culpabilidad del procesado.

La Corte Suprema, si bien no ha razonado muy ampliamente sobre el tema, recientemente ha impuesto un criterio rector para la fundabilidad de una sentencia condenatoria. En *primer lugar,* proclama que es derecho de toda persona el ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, citando expresamente el art. 2º.24.e) de la Constitución; y, en *segundo lugar,* estipula que la sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos de prueba

---

[189] VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal,* cit., p. 165.

[190] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal,* Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 39–47.

que acrediten de manera clara y convincente la responsabilidad del imputado en los hechos investigados (querrá decir 'juzgados'), por lo que a falta de tales elementos procede la absolución [191].

La Corte Superior de Lima ha fijado una posición afín a la expuesta en dos resoluciones muy interesantes. En la primera sancionó que "son las partes acusadoras las que deben desplegar una mínima actividad probatoria para desvirtuar la presunción de i*nocencia, no pudiéndose entender de ninguna manera por actividad mínima o suficiente la utilización de meros actos de investigación, en este caso el atestado policial... que en puridad no constituye medio de prueba*"[192]. En la segunda enfatizó que *"los imputados gozan de una presunción* juris tantum; *por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada, por lo que las pruebas para ser tales deben haberse actuado con escrupuloso respecto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales pues de lo contrario son de valoración prohibida"* [193].

Por otro lado, y como quiera que no existe una soberanía absoluta del juzgador de instancia, es de entender que el Supremo Tribunal en uso de su facultad revisora está autorizado a comprobar la racionalidad y la conformidad con las reglas de la experiencia de la valoración de la prueba realizada por el indicado juzgador de instancia. Así fiscalizará, por ejemplo, en la *prueba indiciaria* el engarce lógico entre los indicios y los hechos que, a partir de ellos, se tratan de fijar, y en la *prueba directa,* que su valoración esté sujeta a los dictados de la lógica y de la razón [194].

El control impugnatorio estaría presente respecto de todas aquellas inferencias o deducciones realizadas por el juzgador de instancia a partir de los hechos percibidos directamente en el juicio oral, es decir, de la infraestructura racional de la formación de la convicción; y, como apun-

---

[191] Ejecutorias supremas de 25 de noviembre de 1997 y de 12 y 16 de enero de 1998. Expedientes Nº 5452–97, Huaral, 1767–97, Lima y 1955–97, Lima, respectivamente.

[192] Ejecutoria Superior de Lima de 4 de diciembre de 1997, Exp. Nº 2443-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario,* Grijley, Lima, 1999, p. 56).

[193] Ejecutoria Superior de Lima de 10 de octubre de 1997, Exp. Nº 3043-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario,* cit., p. 165).

[194] VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal,* cit., p. 168.

ta MIRANDA ESTRAMPES, lo haría para determinar si las citadas inferencias o deducciones se ajusta o no a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, extremos que no dependen de la inmediación [195]. El control se extiende, también, al control de la suficiencia del razonamiento probatorio, el cual, siguiendo a Michele TARUFFO [196], se proyecta en tres órdenes: **1.** Que el juez haya tenido en cuenta todos los elementos de prueba disponibles y relevantes para la comprobación de los hechos, sin marginar o excluir a ninguna de ellos; **2.** Que el razonamiento probatorio sea internamente coherente, sin incurrir en contradicciones; y, **3.** Que los resultados obtenidos con la valoración conjunta de la prueba no sean contradictorios.

## III. EL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE

El tratamiento de la incertidumbre fáctica en el proceso penal contemporáneo se ha resuelto incorporando una regla simple y contundente, surgida en la Revolución Francesa (1791): *cuando los hechos constitutivos del delito o la participación en los mismos del acusado permanezcan en la incertidumbre en el momento de dictar sentencia, deberá absolvérsele libremente.* El art. IX *in fine* del Código de 1991 prescribe expresamente que "en caso de duda sobre la responsabilidad penal..., debe estarse a lo más favorable al reo". A su vez, los arts. 284º del Código de 1940 y 303º del Código de 1991 prescriben que la sentencia absolutoria se impone cuando "las pruebas actuadas ... no son suficientes para establecer la responsabilidad del imputado".

Esta regla tiene, como se sabe, punto de referencia en la doctrina de la carga de la prueba. En el proceso penal sólo se acepta la noción de carga material de prueba, en cuya virtud el principio del *in dubio pro reo* tiene plena vigencia cuando existe incertidumbre fáctica.

Se entiende por *in dubio pro reo* la existencia de un conocimiento incierto de los hechos, en tanto que sólo la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado justifi-

[195] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 602.

[196] Citado por MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 606.

ca la condena. MAIER apunta que tendrá certeza –única posibilidad que justifica una sentencia condenatoria– quien está convencido acerca de que ha alcanzado la verdad, que su reconstrucción a través de la prueba es correcta; por el contrario, quien se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que afirman esta conclusión superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, afirma sólo la *probabilidad* de que su reconstrucción es acertada; por último, quien comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, se encuentra en una duda absoluta; ambos supuestos (probabilidad y duda), impiden una sentencia condenatoria [197].

La Corte Suprema confunde, a menudo, duda con insuficiencia probatoria. Así tenemos que califica como duda cuando el agraviado en su declaración en el juicio oral levanta los cargos contra el acusado, cuyas declaraciones anteriores no son consistentes por no ser uniformes, lo que no permite establecer la culpabilidad del acusado con la certidumbre necesaria, cuando en realidad es un típico supuesto de insuficiencia de pruebas [198]. En otro caso similar, el Supremo Tribunal señaló que debe absolverse al acusado "... al no existir en autos elementos de juicio suficientes que lleven a la convicción de su responsabilidad, y en todo caso, hay que considerar que ha surgido una situación de duda, la misma que le favorece, por lo que debe estarse al principio del *in dubio pro reo*" [199].

Algún sector doctrinario consideró, en su momento, que existía diferencias entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia. VEGAS TORRES [200] enumera dos diferencias centrales acogidas por dicha concepción. La primera diferencia consistía en que el *in dubio pro reo* actúa como regla que orienta directamente la decisión en sentido absolutorio, cuando la culpabilidad del acusado es incierta; la presunción de inocencia, en cam-

[197] MAIER: *Derecho procesal penal argentino*, cit., T. I–b, p. 496.

[198] Véase la Ejecutoria suprema de 11 de febrero de 1976, Exp. Nº 2138–75, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 415).

[199] Ejecutoria suprema de 11 de noviembre de 1980, Ayacucho (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 84–85).

[200] VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 208–211.

bio, determina el sentido de la decisión de manera indirecta o mediata, sustituyendo la incertidumbre por la certeza de la inocencia del acusado, lo que conduce a su absolución por no darse el supuesto de hecho de la norma penal. La segunda diferencia hacía referencia al hecho de que el *in dubio pro reo* sólo es adecuado para resolver el problema de la incertidumbre cuando ésta se identifica con un estado subjetivo de duda del juzgador acerca de la culpabilidad del acusado, mientras que la presunción de inocencia proporcionaba una respuesta adecuada al problema de la incertidumbre no sólo en tal supuesto, sino también en cualquier otro en el que haya de tenerse la culpabilidad como incierta, con independencia de cuál sea el convencimiento subjetivo del juzgador sobre la misma.

Sin embargo, como enseña MIRANDA ESTRAMPES, aun cuando es posible encontrar las diferencias arriba aludidas entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia, es de rigor entender que el *in dubio pro reo* forma parte del núcleo esencial del derecho a la presunción de inocencia. Desde esta perspectiva, se entiende que para que la culpabilidad del acusado puede considerarse probada conforme a ley se requiere no sólo la concurrencia de una prueba "de cargo", objetivamente incriminatoria, practicada con todas las garantías y en cuya valoración se hayan respetado las reglas de la sana crítica sino que, además, fruto de esta valoración el juzgador haya logrado formarse un convencimiento de la culpabilidad del acusado exento de toda duda razonable [201].

Si se entiende que la presunción de inocencia como una verdad interina o provisional que exige que el juzgador esté absolutamente convencido de la culpabilidad del acusado, entonces, la absolución procederá en dos supuestos: **a)** en los casos de ausencia de prueba adecuada: las pruebas actuadas no presenten un carácter incriminatorio o cuando siendo "de cargo" no se hayan practicado con todas las garantías constitucionales y legales; y, **b)** en los casos de insuficiencia de la prueba de cargo, es decir, cuando a pesar de existir adecuada prueba "de cargo", ésta no sea suficiente a los efectos de formar la convicción judicial acerca de la culpabilidad del acusado, eliminando toda

[201] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 617.

duda razonable [202]. En este supuesto la Corte Suprema ha establecido que es de absolver al acusado cuando no aparece del proceso prueba de cargo suficiente que permita establecer con convicción que el acusado haya cometido el delito acusado, aunque a continuación hace mención que por lo expuesto existe duda sobre la culpabilidad e invoca el principio legal *in dubio pro reo* [203].

[202] MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 618.

[203] Ejecutoria suprema de 4 de noviembre de 1974, Exp. Nº 1036–74, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 134).

# Parte VII

## IMPUGNACION Y RECURSOS PENALES

# CAPÍTULO XXIX
# TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN PENAL

SUMARIO: **I.** Aspectos generales. **II.** Derecho al recurso. Aspectos constitucionales. **III.** Presupuestos de la impugnación: 1. Presupuestos subjetivos. 2. Presupuestos objetivos. **IV.** Procedimiento recursal. **V.** Efectos de los recursos: 1. Introducción. 2. El efecto devolutivo. 3. El efecto suspensivo. 4. El efecto extensivo. 5. El efecto diferido. **VI.** Clasificación de los recursos.

## I. ASPECTOS GENERALES

Desde una perspectiva amplia, afirma ORTELLS RAMOS, el *medio de impugnación* se define como el instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad [1]. Tres son sus elementos característicos al decir de Giovanni LEONE [2]: a) es un remedio jurídico, entendido como un derecho atribuido a las partes; b) tiene como finalidad remover una desventaja proveniente de una decisión judicial, no se dirige contra actos del juez sin carácter decisorio o contra actos procesales de las partes; y, c) a través de una nueva decisión, su características esencial es la tendencia a remover la decisión impugnada por medio de una nueva decisión, lo que implica reconocer que el presupuesto de la impugnación es la desventaja proveniente de una resolu-

---

[1] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional,* José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. III *(Proceso penal),* p. 411.

[2] LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal,* EJEA, Buenos Aires, 1963, T. III, pp. 4–5.

ción judicial, la cual pretende removerse mediante la sustitución de la resolución impugnada por otra nueva resolución.

Los medios de impugnación tienen una finalidad compatible con el interés público puesto al servicio de las partes, que consiste en facilitar de alguna medida el contralor de las resoluciones jurisdiccionales para conseguir una mejor realización de la justicia. Es de entender, por consiguiente, que el fundamento de la impugnación no es otra que la *falibilidad humana*. Por ello, Osvaldo Alfredo GOZAÍNI apunta que precisamente la impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador, y, con ello, a lograr la eficacia del acto jurisdiccional [3].

En lo *inmediato* el fin del medio de impugnación consiste en instituir un nuevo examen de la cuestión resuelta o en el análisis del trámite para resolverla, de suerte que por él la parte recurrente no tiene sino una simple pretensión procesal de impugnación. En lo *mediato*, el medio de impugnación procura obtener la revocación, modificación, sustitución o eliminación del procedimientos impugnado, en cuya virtud la pretensión puede ser en definitiva acogida o rechazada [4].

El principio de legalidad exige tanto resoluciones ajustadas a la ley como materialmente justas, lo cual se engarza además en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional: la resolución judicial debe ser fundada y guardar armonía con la ley y los valores que inspiran el ordenamiento jurídico. Precisamente para garantizar esta sumisión de la decisión judicial a la ley y a la justicia existen los medios de impugnación, con los cuales se configura una verdadera *actividad depuradora* como garantía o derecho de los justiciables [5].

Por su parte, como define HINOJOSA SEGOVIA, los *recursos* son actos de parte por el que se solicita la modificación de una resolución, que produce un gravamen al recurrente, en el mismo proceso en que aquella fue dictada [6], mientras que existen otros medios de impugnación aptos

---

[3] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: «Teoría general de la impugnación», en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 16.

[4] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1962, T. V, p. 452.

[5] ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 671.

[6] En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 557.

para rescindir sentencias firmes y que en rigor configurar procesos autónomos, como es el caso de la *revisión.*

El efecto inicial del recurso interpuesto oportunamente y en debida forma, explica Hernando DEVIS ECHANDÍA, es el de impedir la vigencia del acto del juez y por tanto su cumplimiento, a menos que la ley lo autorice proponerlo en el efecto devolutivo (para que se cumpla y se mantenga como vigente mientras el superior no lo revoque). Su efecto inicial es la rectificación o confirmación de dicho acto [7].

Los recursos a su vez, como explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, pueden ser *impugnaciones en sentido estricto,* es decir, recursos que están dirigidos a alcanzar la nulidad o rescisión de la resolución judicial; y, *medios de gravamen,* esto es, recursos que están ordenados simplemente a obtener una resolución judicial que venga a sustituir a la primera que perjudica los intereses del recurrente, pero que no necesariamente debe ser ilegal o ilícita. Esto último permite hablar del *doble grado de jurisdicción* [8].

Finalmente, una manifestación del principio dispositivo que gobierna el régimen de la impugnación penal es la facultad que se otorga a las partes para manifestarse con eficacia plena en sentido contrario al progreso del recurso procedente o ejercitado. En tal virtud, el art. 331º del Código de 1991 prescribe que quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistir de él antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos; desistimiento que no perjudicará a los demás recurrentes. El desistimiento, aclara CLARIÁ OLMEDO, implica renuncia total a la pretensión impugnativa, pero no impide el efecto extensivo del recurso interpuesto por otro en los casos en que él debe producirse. Salvo esta situación, el tribunal *ad quem* procederá como si se tratara de inadmisibilidad, y la sentencia impugnada quedará firme con respecto a quien desistió [9]. No hay ninguna razón para que el Fiscal no pueda desistirse del recurso interpuesto, puesto que la ley no hace diferencias al respecto y, por lo demás, no puede confundirse el poder de acción

---

[7] DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho procesal,* Editorial ABC, Bogotá, 1996, p. 561.

[8] En: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal,* Colex, Madrid, 1996, pp. 633–634.

[9] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal,* cit., T. V, p. 473.

penal –que es irrefragable– con el de impugnación –que obedece al principio dispositivo–.

## II. EL DERECHO AL RECURSO. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

El art. 139º.6 de la Constitución ubica el recurso dentro de lo que denomina genéricamente "principios y derechos de la función jurisdiccional" en el art. 139º.6. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos la ubica dentro de lo que ampliamente titula "Garantías Judiciales"; en el art. 8º.2, precisa que toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "f) el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". A su vez, el art. 14º.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece 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.

Independientemente de la disímil redacción acerca del recurso, lo común en los tres textos supremos citados es que configuran el recurso como un derecho de los justiciables. El derecho de recurrir, cuya naturaleza es estrictamente procesal, es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso y a cualquier título o condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio [10]. La existencia de la impugnación, entonces, no sólo obedece a razones de política legislativa, sino responde a un imperativo constitucional, incluso es contenido de un derecho fundamental y que, de no estar explícitamente considerado en el art. 139º.6, implícitamente lo estaría en el art. 139º.3 de la Ley Fundamental que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional. Ambas normas, siguiendo a ORTELLS RAMOS, imponen el deber constitucional de prever recursos e incluso un derecho fundamental de acceso a los mismos, claro está dentro de ciertos límites [11].

El derecho al recurso, acota RAMOS MÉNDEZ, hay que entenderlo, ante todo, como *derecho de utilizar los recursos señalados por la ley*; no supone por lo

---

[10] DEVIS ECHANDÍA: *Compendio de Derecho procesal*, cit., p. 562.

[11] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 413.

tanto, creación de recursos inexistentes, pero sí, a la luz del art. 14º.5 del PIDCP, interpretar el sistema de recursos del ordenamiento jurídico interno de la forma más favorable para la efectividad de tal garantía [12]. Esta interpretación más favorable, acota HINOJOSA SEGOVIA siguiendo la jurisprudencia constitucional española, tiene tres manifestaciones importantes: **a)** una concepción amplia de la legitimación para recurrir; **b)** la subsanación de defectos en la interposición del recurso (o rechazo del formalismo enervante); y, **c)** la interpretación restrictiva de las causas de inadmisión [13].

La Constitución, en este marco, impone el doble grado de jurisdicción como mínimo al consagrar la pluralidad de la instancia, lo cual significa que un fallo, cualquiera que fuera su materia o dirección, debe ser objeto de revisión integral por otra instancia, lo que obviamente importa incorporar forzosamente un recurso de apelación en cuya virtud el Juez *ad quem* tenga las mismas posibilidades y poderes del Juez *ad quo*; situación que únicamente puede lograrse mediante este recurso ordinario. La Casación, como se sabe, no constituye una instancia, por lo que su instauración contra un fallo de primer grado no cumple con el requisito constitucional antes señalado, puesto que se trata de una impugnación extraordinaria, prevista en el art. 141º de la Constitución, limitada al control de la concepción jurídico–causal del fallo o bien la regularidad del procedimiento que haya conducido a él, sin que el Supremo Tribunal pueda ingresar a valorar autónomamente las pruebas ni a sustituir el fallo de instancia por el suyo propio.

La Constitución nacional ha incorporado un valor central en el sistema de recursos, que precisamente cumple la apelación: el reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, lo que –destaca Luigi FERRAJOLI [14]– constituye una garantía esencial del ciudadano y en particular, en el juicio penal, del imputado. Señala el citado jusfilósofo italiano que "El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía

---

[12] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional,* 3a. ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 407.

[13] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 558.

[14] FERRAJOLI, Luigi: «Los valores de la doble instancia y nomofilaquia», en: *Nueva Doctrina Penal,* 1996–B, Buenos Aires, 1996, pp. 446–447.

de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio".

La Convención Americana de Derechos Humanos sólo exige de los Estados miembros que prevean en sus ordenamientos procesales un recurso devolutivo, vertical, contra un fallo de primera instancia. Por tanto, la previsión de nuestra Constitución de imponer la pluralidad de la instancia, interpretado por el art. 11º del TUO de la LOPJ, como un recurso ordinario de conocimiento de una instancia superior, cuya resolución constituye cosa juzgada, guarda armonía con dicha Convención.

Un problema teórico y práctico de primera importancia radica en la exacta interpretación del art. 14º.5 del PIDCP, cuya lectura gramatical permitiría concluir: **a)** que sólo son recurribles las sentencias penales condenatorias; **b)** que el derecho a recurrir únicamente corresponde al condenado; y, **c)** que el Tribunal Superior debe poder revisar el íntegro del fallo condenatorio y la pena impuesta, al punto que se exige la doble conformidad, de dos órganos judiciales, respecto de la condena.

Es de tener en claro, no obstante ello, que el citado numeral al prever un recurso que permita revisar "el fallo condenatorio y la pena impuesta", no puede ser otro, en nuestro sistema, que el recurso de apelación, que tiene carácter ordinario y que, por ende, permitiría revisar con suficiente amplitud la sentencia de primera instancia; esta revisión exige un recurso que permita volver a conocer en mayor o menor medida de los hechos, lo cual no es propio de otros recursos, como el de casación [15]. No obstante ello, como apuntó el Comité de Derechos Humanos en su Informe de 24 de marzo de 1982, el citado artículo del Pacto deja a la discrecionalidad de los Estados la modalidad del recurso del cual se someterá la sentencia condenatoria al examen del Tribunal Superior [16].

---

[15] VARELA GÓMEZ, Bernardino: *El recurso de apelación penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 99.

[16] MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 173.

Julio MAIER sostiene que los recursos constituyen una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior; que el recurso contra la sentencia no tiene carácter bilateral, sino que es un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal. Si se tiene en cuenta que todo el sistema de garantías se ha construido para evitar que el Estado abuse y haga aplicación arbitraria de su poder penal y que el proceso penal constituye una obra estatal contra una persona, entonces, el recurso en cuanto garantía concreta del perseguido penalmente sólo puede ser obra suya y en la medida en que resulte condenado. Por lo demás, si se permite el recurso al acusador, en caso que éste gane, la condena de la segunda instancia, en rigor, sería una primera, respecto de la cual el imputado tendría derecho a una doble conformidad, de suerte que el sistema bilateral de recursos implicaría un *regressus in infinitum* en mérito a que el Fiscal siempre podría lograr un fallo condenatorio en alguna instancia del procedimiento [17].

La idea central de no acordar titularidad para impugnar a los acusadores, apunta María Pía CALDERÓN CUADRADO [18], no resulta posible por impedirlo –siguiendo a MONTERO AROCA– el principio de igualdad procesal de las partes, que exige la no concesión de impugnaciones privilegiadas. Empero, esta ampliación presentaría, al decir de algunos, una dificultad principal: el imputado absuelto podría ser condenado en segunda instancia, de suerte que ello afectaría lo dispuesto por el PIDCP. Al respecto, se responde que la decisión de condena, del Tribunal Superior, ha sido tomada en un segundo enjuiciamiento realizado precisamente por aquel órgano jurisdiccional que, en caso contrario, fallo condenatorio en primera instancia, tendría que resolver la impugnación previsiblemente planteada por el condenado, y que, en ambos supuestos, goza del carácter "superior" exigido en el mencionado pacto. Por lo demás, señala la autora, el art. 2.1º del Protocolo Nº 7 al Convenio Europeo de Derechos del hombre y libertades fundamentales, luego de es-

---

[17] MAIER, Julio J . B.: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I, pp. 708–714.

[18] CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1996, pp. 18–23.

tablecer el derecho al recurso del condenado, instituye una excepción al señalar que "este derecho puede ser objeto de excepciones para (...) o cuando (...) ha sido declarado culpable y condenado a consecuencia de un recurso contra su absolución".

No cabe duda de los problemas que plantea la interpretación del art. 14º.5 del PIDCP. Sin embargo, no es posible asumir la tesis de MAIER arriba enunciada, en primer lugar, porque el principio de igualdad procesal, de directa relevancia constitucional, impediría aceptar que el acusador público no pueda recurrir de una sentencia absolutoria. Por otro lado, la tesis del *doble conforme* (la condena debe ser afirmada por dos órganos jurisdiccionales en fallos sucesivos) no se deduce linealmente del texto de la norma internacional, puesto que –a nuestro juicio– lo que en puridad se exige es la necesaria habilitación de un recurso devolutivo, que permita someter la condena de primera instancia a un tribunal superior. En este caso la decisión de condena que pueda surgir del Tribunal Superior habría sido tomada precisamente en un segundo enjuiciamiento, que es el núcleo esencial de la previsión del PIDCP.

## III. PRESUPUESTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La impugnación está sometida a ciertos presupuestos. Estos son de carácter objetivo y subjetivo, así como por la fundamentación.

### 1. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

En lo que se refiere a los presupuestos objetivos, tenemos el *agravio o interés directo* y *el carácter de parte*. Por el primero, se exige que la resolución cuestionada cause una lesión al interés del impugnante. Interesa, al respecto, el resultado concreto del acto, sus efectos prácticos respecto del derecho invocado y la situación jurídica concreta del interesado. Desde este presupuesto resulta correcta la decisión de la Corte Suprema cuando precisa, de modo general, que sólo puede recurrir la parte a quien perjudique una determinada resolución: no cabe que el imputado impugne una resolución que lo favorece [19]; y, específicamente, cuan-

[19] Ejecutoria suprema de 20 de setiembre de 1972, Exp. Nº 1078–72, Ayacucho (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1983, T. III, pp. 74–75).

do acota que no es legal que el Fiscal interponga un recurso para que se mantenga la condena impuesta en la sentencia, toda vez que "... el recurso de nulidad es impugnativo de la resolución o parte ella contra la cual se interpone" [20].

Por el segundo presupuesto –el carácter de parte– la impugnación está reservada a los sujetos procesales, a las partes, porque son ellas las que pueden resultar agraviadas o lesionadas con la decisión judicial.

Sobre lo expuesto líneas arriba, es del caso efectuar las siguientes precisiones:

*A.* Que el Ministerio Público, por su propia calidad de órgano promotor de la justicia, puede impugnar inclusive en favor del reo (art. 328º CPP de 1991), entendiéndose que como defensor de la legalidad una afectación al ordenamiento jurídico lo afecta directamente;

*B.* Que el abogado defensor tiene personería para impugnar en nombre del imputado o de su defendido, en el que incluye al actor civil y al responsable civil (art. 80º.10 CPP de 1991);

*C.* Que el derecho de recurrir corresponde al sujeto procesal facultado por la ley, o a cualquiera de ellos si la ley no distingue (art. 328º CPP 1991).

2. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

En lo atinente a los presupuestos objetivos, tenemos el acto impugnable y la formalidad. Por el primero, el Código de 1991 precisa que la impugnación procede contra las resoluciones expresamente previstas por la ley. Así tenemos: **a)** que el recurso de reposición se interpone contra los decretos; **b)** que el recurso de apelación procede contra las sentencias, los autos que resuelven cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia, o que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena, así como contra las resoluciones que la ley especial considere admisible; **c)** que el recurso de casación es interpuesta contra los autos de segunda instancia que importen

[20] Exp. Nº 2289–79, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, T. I (1982), cit., pp. 98–99).

sobreseimiento definitivo y contras las sentencias de vista respecto de delitos que tengan previsto una pena privativa de libertad mayor de cuatro años; y, **d)** que el recurso de queja procede contra las resoluciones que declaran inadmisible o improcedente el recurso interpuesto. El Código de 1940 no dedica una sección a las Disposiciones Generales sobre la impugnación penal y solamente prevé el recurso de nulidad y el de queja por denegatoria del recurso de nulidad (art. 292º y ss.); normas posteriores se han pronunciado sobre el recurso de apelación respecto de determinadas resoluciones, tales como sobreseimientos, autos de libertad provisional, de detención, de comparecencia, que se pronuncian sobre excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, y sobre sentencias (en procedimientos sumarios, de querella, sumaria investigación). Por aplicación supletoria al Código Procesal Civil, se incluyen actualmente el recurso de reposición y el de queja contra la denegatoria del recurso de apelación.

En cuanto a las formalidades, se entiende que la impugnación está sujeta a diversas formalidades, tanto respecto del acto impugnativo en sí, como al plazo en que se deduce, siempre perentorio. Las formalidades, como ya se dijo, no son sacramentales y debe rechazarse el formalismo enervante. Rige, en este campo, el principio de la canjeabilidad del recurso, en virtud del cual, como anota VÉSCOVI, si se interpone uno, queriendo oponer otro, debe admitirse este último, si corresponde, sustituyendo el usado por equivocación por la parte; salvo mala fe, error grosero o insuperable [21]. El art. 328º del Código de 1991 precisa que las resoluciones judiciales serán impugnables sólo por los medios expresamente establecidos, empero ello no significa que se acoja el principio de consumación, por el cual, elegida una vía se pierde una alterna [22]. Si media equivocación para denominar el recurso, debe proveerse según corresponda a la naturaleza de la resolución recurrida, aunque es de tener presente que la norma en mención lo que impide es la regla de la interposición subsidiaria de un recurso con otro al acoger el modelo de la unicidad de los recursos.

---

[21] VÉSCOVI, Enrique: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 44.

[22] GOZAÍNI: «Teoría general de la impugnación», cit., p. 34.

Las impugnaciones se interponen por escrito, ante el juez que emitió la decisión cuestionada (arts. 357º CPC y 334º, primer párrafo, del Código de 1991) y en los plazos previstos por la ley. La excepción, en cuanto a la escrituralidad, se encuentra en los recursos contra las sentencias expedidas en el acto oral, los cuales pueden interponerse oralmente (arts. 289º del Código de 1940 y 305º del Código de 1991). Los plazos son perentorios, por lo que si se interponen fuera de él carecerá de valor, aunque el juez lo haya concedido erróneamente y la otra parte lo pretendiera convalidar [23]. Así se ha pronunciado el Supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 14 de enero de 1997 [24].

En el sistema del Código de 1940 las impugnaciones se interponen en el plazo de 24 horas de notificada la resolución cuestionada, salvo el caso de las decisiones finales definitivas en los procesos sumarios, en el cual el plazo se extiende a los tres días (art. 7º del D. Leg. Nº 124); no obstante ello, reciente jurisprudencia suprema ha precisado que el recurso de apelación contra autos se interpone en un plazo de tres días . En cambio, en el sistema del Código de 1991 la reposición tiene un plazo de un día, la apelación y la queja de tres días y la casación de diez días (arts. 338º, 344º, 351º y 362º).

No basta con la deducción de la impugnación. Se requiere agregar los motivos o fundamentos de aquélla. Sobre este punto, el art. 358º del Código Procesal Civil prescribe que el impugnante fundamentará su pedido en el acto procesal en que lo interpone, precisando el agravio y el vicio o error que lo motiva. Empero, el art. 329º del Código de 1991 estatuye que en el recurso sólo se debe especificar los puntos de la resolución a la cual se refieren los agravios, mientras que la fundamentación propiamente dicha puede presentarse posteriormente, en cuyo caso el incumplimiento es sancionado con una amonestación o una multa para el impugnante. En el Código Procesal Civil el incumplimiento de la motivación es una causal de improcedencia del recurso (arts. 358º y 359º), mientras que en el Código de 1991, salvo la indicación de los motivos del agravio, que se instituye en una causal de improcedencia, la motivación propiamente dicha del recurso sólo se castiga con una medida disciplinaria. El Proyecto de 1995 se afilia

[23] VESCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 46.

[24] Exp. Nº 5344–96–B, Lima (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, IDEMSA, Lima, 1997, T. III, p. 105).

al modelo del Código Procesal Civil sancionando la falta de motivación con la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto (arts. 378º.3 y 379º). El Código de 1940 no dice nada al respecto, al igual que el anterior Código de Procedimientos Civiles, por lo que mientras no cambie el sistema procesal, la precisión de los agravios y la fundamentación de la impugnación no es causal de inadmisibilidad o de sanción disciplinaria.

## IV. PROCEDIMIENTO RECURSAL

Todo recurso se desenvuelve a través de un procedimiento. Desde una perspectiva general, el art. 334º del Código de 1991 impone un trámite muy preciso en orden a los recursos devolutivos. Son cinco las fases generales de todo recurso devolutivo (el recurso no devolutivo se resuelve sin ningún trámite o, en todo caso, previo traslado a la contraria, art. 363º del CPC).

La *primera fase,* no siempre presente, es la de *preparación,* en cuya virtud se solicita al juez *ad quo* copia auténtica de las piezas procesales para acudir al superior jerárquico, que es ante quien se interpone el recurso; este sería el caso del recurso de queja por denegatoria de los recursos de apelación, casación y nulidad. La *segunda fase* es la de *interposición,* obligatoria en todo procedimiento recursal, en mérito a la cual se impugna una resolución; el escrito, según los sistemas procesales, puede contener una simple petición reformadora de la resolución, que es el caso del modelo del Código de 1940, o puede contener la fundamentación del agravio, que es el caso del modelo del Proyecto de 1995 (el Código de 1991 sólo exige la mención específica de los puntos de la resolución a la cual se refieren los agravios). La *tercera fase* es la *admisión o inadmisión,* en mérito a la cual el Juez examina los requisitos formales para conceder o rechazar el recurso, trámite que es cumplido, en nuestros sistema, por el Juez *ad quo,* sin perjuicio que el Juez *ad quem* puede revisar la conformidad de la admisibilidad o procedencia del recurso, "en tanto que es el juez del recurso y está en juego principios de orden público que hacen a la jurisdicción de la Alzada y a la competencia funcional, dejándose de aplicar en este caso el principio dispositivo y descartándose todo efecto preclusivo sobre lo decidido en punto a la forma de concesión del recurso en la instancia de origen" [25]. La *cuarta*

[25] SOSA, Gualberto Lucas: «Procedimiento ordinario en segunda Instancia», en: AA.VV.: *Recursos judiciales,* Ediar, Buenos Aires, 1993, p.138.

*fase* es la de *sustanciación*, que consiste en el examen de fondo, con una más o menos compleja tramitación, que importa una parte alegatoria, otra de prueba y una de conclusión. La *quinta fase* es la de *resolución*, o fase decisoria del recurso [26]. La resolución de vista se resuelve con mayoría de votos. En el procedimiento penal, salvo la casación y el recurso de nulidad (trámite ante la Corte Suprema), no se recurre a la discordia.

Según el art. 334º del Código de 1991, que en lo esencial ha sido seguido por el art. 384º del Proyecto de 1995, recibidos los autos por el Superior, el primer trámite es la vista fiscal, el cual se realizará siempre que la ley expresamente lo determine. Regresado el proceso con el dictamen fiscal, se correrá traslado a las partes recurrente y recurrida, inclusive a los no recurrentes, a fin de que presenten sus alegatos escritos: esta es la oportunidad que tiene el recurrente para fundamentar el recurso. A continuación se señala día y hora para la vista de la causa, que es un trámite impuesto por el TUO de la LOPJ. La vista tendrá lugar dentro del quinto día de hallarse expedita cuando se trata de autos y de sentencias con reo en cárcel, mientras que si se trata de sentencias con reo libre el plazo es de treinta días. El informe oral sólo es procedente cuando se trata de impugnación de sentencia o de autos que ponen fin al proceso (arts. 131º y 132º). Es de advertir, como tiene determinado el Tribunal Supremo, que si pese a haberse solicitado informe oral a la vista de la causa se obvia este trámite, se incurre en causal de nulidad insanable al lesionar irrazonablemente el derecho constitucional de defensa [27]. La resolución se dictará en el plazo de tres días si se trata de procedimientos con detenido, y de cinco días en los demás casos, salvo disposición contraria de la ley.

La etapa probatoria dentro de la fase de sustanciación no está aceptada en el procedimiento recursal. Sólo el trámite de apelación de sentencias en el supuesto del Proyecto de 1995 permite un momento de actividad probatoria, siempre limitado a pruebas que no se pudieron promover en primera instancia o que propuestas fueron indebidamente denegadas, respecto de la cual se hubiera formulado la oportuna reser-

---

[26] HINOJOSA SEGOVIA, en: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 560.

[27] Ejecutoria suprema de 23 de noviembre de 1978, Exp. Nº 2692–78, Arequipa (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 90–91).

va, o que habiendo sido admitidas no pudieron actuarse por causas no imputables al recurrente (art. 392º.2), caso en el cual se realiza una audiencia de apelación (art. 392º.4).

## V. EFECTOS DE LOS RECURSOS

### 1. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva general, conforme enfatiza GOZAÍNI [28] siguiendo a HITTERS, la interposición de un recurso produce diversas y variadas consecuencias. A saber: 1) interrumpe la concreción de la *res iudicata*; 2) prorroga los efectos de la litispendencia; 3) en ciertos casos determina la apertura de la competencia del superior (efecto devolutivo): 4) imposibilita el cumplimiento del fallo (efecto suspensivo); y, 5) limita el examen del *ad quem* en la medida de la fundamentación y del agravio.

En rigor, sobre las bases ya indicadas, ORTELLS RAMOS [29] destaca que todo recurso genera un *primer efecto* necesario: impedir la producción de cosa juzgada formal por la resolución impugnable, es decir, que ésta devenga inmutable dentro del proceso en que ha sido dictada. Un *segundo efecto* que genera un recurso penal consiste en crear una expectativa de reforma o anulación de la resolución y una nueva posibilidad de resolver sobre lo ya resuelto; posibilidad que puede corresponder al mismo juez que dictó la resolución recurrida o a un Juez Superior, siendo variable, en cambio, que, al servicio de esa posibilidad, se complementen o no los materiales en que ha de fundarse la nueva resolución. Adicionalmente a lo expuesto, continúa explicando ORTELLS RAMOS, la amplitud de la nueva cognición del revisor viene dada por las peticiones del recurrente, sobre todo en las resoluciones que versen sobre el propio objeto procesal penal y sobre la admisibilidad del proceso respecto a ciertos hechos y contra determinada persona, que es precisamente lo que explica la vigencia del principio de prohibición de la *reformatio in peius*.

Es de aclarar, conjuntamente con Jaime SUAU MOREY, que la *reformatio in peius* se produce cuando el Tribunal Superior no utiliza adecuadamente

---

[28] GOZAÍNI: «Teoría general de la impugnación», cit., p. 47.

[29] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, pp. 417–418.

sus poderes sobre el proceso, y en lugar de limitarse a resolver el recurso planteado, se extralimita y agrava la condición del recurrente [30].

La prohibición de la *reformatio in peius*, de modo esencial, como recuerda José APARICIO CALVO–RUBIO [31], tiene una dimensión constitucional, bien por la vía de la interdicción de la indefensión y de la idea misma de tutela judicial efectiva, como por la de un proceso con todas las garantías, particularmente la de ser informado de la acusación y de los motivos del recurso, y la de limitación de los poderes del Juez de la alzada (art. 139º, incs. 3 y 14, de la Constitución). Por otro lado, el contenido material del recurso viene enmarcado por la pretensión concreta del recurrente, en cuya virtud el juez superior no puede resolver "*ex officio*" y "*extrapetitum*", lo que se fundamenta, en primer lugar, en la efectividad del principio acusatorio; en segundo lugar, en la operatividad del axioma "*tantum apellatum, quanto devolutum*"; y, en tercer lugar, en los principios de rogación y de congruencia.

Estas limitaciones han sido recogidas por el art. 332º del Código de 1991 que, en primer lugar, delimita el conocimiento del Revisor a los puntos a que se refieran los motivos del recurso, y, en segundo lugar, impide modificar la resolución en perjuicio del imputado si el recurso sólo ha sido interpuesto por él, incluyendo una excepción en el caso del Ministerio Público, cuya impugnación permitirá revocar o modificar la resolución aun en favor del imputado. La Corte Suprema, en cierta medida y en alguna ocasión ha precisado que constituye grave infracción de la ley no absolver el grado y pronunciarse por un tema que no ha sido objeto de trámite y por el cual carece de jurisdicción [32].

Por otro lado, según destaca CORTÉS DOMÍNGUEZ, los recursos penales pueden producir el efecto devolutivo, el suspensivo y el que la doctrina ha llamado con acierto *efecto extensivo* [33].

---

[30] SUAU MOREY, Jaime: *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 43.

[31] APARICIO CALVO–RUBIO, José: «Dimensión constitucional de la "*reformatio in peius*" en el proceso penal», en: *Actualidad Penal*, 1988–1, Madrid, 1988, pp. 762 y 723.

[32] Ejecutoria suprema de 8 de agosto de 1992, Exp. Nº 734–72, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, p. 205).

[33] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 635.

## 2. EL EFECTO DEVOLUTIVO

El *efecto devolutivo* responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, la entrega de la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior [34]. Mediante este efecto se atribuye la competencia funcional para resolver al órgano *ad quem* y, por tanto, produce la pérdida de la jurisdicción del órgano *ad quo* sobre el punto objeto de la impugnación. En nuestro sistema el único recurso no devolutivo es el recurso de reposición, pues lo resuelve el mismo juez que emitió la resolución cuestionada.

## 3. EL EFECTO SUSPENSIVO

El *efecto suspensivo* significa que se paraliza la ejecución o cumplimiento de la resolución recurrida. Constituye la aplicación del principio romano de "*appelatione pendente nihil innovarum*". Ahora bien, como aclara VÉSCOVI, la suspensión sólo alcanza al acto impugnado, "...no afecta los demás actos, ni el desarrollo del procedimiento mismo, salvo que la continuación de éste sea incompatible con la impugnación o la posible revisión del acto. Así, si se impugna un medio probatorio, no será necesario detener el trámite de los demás medios. Tampoco la impugnación de la sentencia definitiva impide al tribunal seguir conociendo otros aspectos del procedimiento, sólo le impide ejecutar su sentencia" [35].

En nuestro sistema, pese a que históricamente la regla era el efecto suspensivo del recurso, el art. 336º del Código de 1991 enuncia el efecto inverso: "... la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando –el juez– las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere". El Código Procesal Civil, art. 371º, sólo confiere efecto suspensivo a las apelaciones contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación. Los recursos de queja y reposición no tienen efectos suspensivos, al igual que las apelaciones de las resoluciones interlocutorias.

---

[34] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 55.

[35] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 57.

El problema del efecto suspensivo del recurso contra las resoluciones definitivas, sin embargo, debe estudiarse desde otra perspectiva, esto es, en su directa incidencia con los derechos a la libertad, la presunción de inocencia y sus manifestaciones y, por contra, con el derecho del Estado a asegurarse, dentro de los límites legales, la ejecución posible tras el recurso. En tal virtud, como enseña CORTÉS DOMÍNGUEZ [36]: **a)** si se impugnan *sentencias absolutorias,* el recurso no puede en ningún caso entorpecer, por ejemplo, la excarcelación del imputado así como impedir la cancelación de las medidas cautelares que se hayan podido tomar a lo largo del proceso, que son evidentes manifestación de un "efecto ejecutivo" de la sentencia, aun cuando ésta no sea condenatoria; y, **b)** si se recurre una sentencia condenatoria, no es apropiado afirmar que el recurso produce el efecto suspensivo, pues si fuera así no se explicaría el cambio de la situación personal del condenado que hubiese estado previamente en libertad; además, el mantenimiento de la detención después de la impugnación de una condena no es técnicamente ejecutar la sentencia, sino mantener la situación cautelar que en ese caso es personal pero que es igualmente aplicable a situaciones cautelares reales. La impugnación de una sentencia condenatoria no debe producir, por sí sola, modificación alguna de la situación personal del acusado–condenado ni de las medidas cautelares que en su momento pudieron tomarse.

### 4. EL EFECTO EXTENSIVO

El *efecto extensivo,* que se opone al principio de personalidad del recurso (sólo circunscrito al recurrente), se encuentra, positivamente, recogido en los arts. 306º y 330º del Código de 1991. De esas disposiciones se desprende que cuando existen procesos con una pluralidad de imputados, en principio el Juez *ad quem* tiene facultades para poder extender el conocimiento de los motivos del recurso a los coimputados no recurrentes y siempre que éstos no sean exclusivamente personales, pero sólo puede hacerlo en lo que les favorezca; de igual manera, también favorecerá al imputado la impugnación del tercero civilmente responsable, salvo que sus motivos conciernan a intereses meramente civiles.

La Corte Suprema, en una decisión de 14 de noviembre de 1979, expresamente reconoció el efecto extensivo del recurso en el sistema

[36] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., pp. 637–638.

procesal vigente. Sostuvo en esa ocasión que la circunstancia que una acusada no interpusiera recurso de nulidad de la sentencia que la condenó, no obsta que no se examine y resuelva su situación jurídica. En esa oportunidad, el Supremo Tribunal la absolvió de la acusación fiscal [37].

Según CLARIÁ OLMEDO, este efecto extensivo o comunicante del recurso, es una excepción al principio de la personalidad de la impugnación, justificado en razón a que en el proceso penal se discuten intereses de carácter público sustraído de la esfera dispositiva de las partes [38]. Su fundamento, acota LEONE, es evitar el conflicto de fallos, en virtud del cual la ley desarrolla un conjunto de instrumentos preventivos para evitarlo (acumulación en delitos conexos, recurso de casación por quebramiento de forma por contradicción en los hechos) y, en última instancia, el represivo extraordinario de la revisión [39]. Dicho autor, además, diferencia el efecto extensivo de la resolución de grado, en cuya virtud –como ya se dijo– el juez *ad quem* puede extender su decisión respecto de los coimputados, del efecto extensivo de la impugnación, que consiste en el derecho de una parte que no ha propuesto la impugnación a participar en el juicio de impugnación promovido por otra parte, con la cual tenga interés idéntico, afín o conexo [40], que, como recalca CORTÉS DOMÍNGUEZ, es una consecuencia de la vigencia, a su vez, del derecho de defensa consagrado en la Constitución [41].

Es obvio, finalmente, que por imperio de la prohibición de la *reformatio in peius* no se extienden los efectos que sean desfavorables al no recurrente.

### 5. EL EFECTO DIFERIDO

El art. 333º del Código de 1991 reconoce otro efecto que pueden tener los recursos: el diferido. Procede esta modalidad recursal en los procedimientos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se

---

[37] Ejecutoria suprema de 14 de noviembre de 1979, Exp. Nº 2511–79, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 110–112).

[38] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, pp. 479–480.

[39] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 110.

[40] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 112.

[41] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 639.

dicte auto de sobreseimiento u otra resolución que ponga fin al ejercicio de la acción penal o que haga imposible que continúe respecto de alguno de ellos, estando pendiente el enjuiciamiento de los otros. En este supuesto, interpuesto el recurso y concedido, su remisión al tribunal *ad quem* recién se producirá cuando se dicte sentencia que ponga fin a la instancia.

El mismo efecto está contemplado en la legislación procesal vigente. Se trata de la Ley Nº 24388, de 5 de diciembre de 1985, que modificó el art. 221º del Código de 1940. Dicha norma, en su parte *in fine*, dispone que el recurso de nulidad que se interpone contra el auto que declara no haber lugar a juicio oral, sólo se concederá después de pronunciado el fallo, siempre que exista acusado en cárcel.

VÉSCOVI señala que el efecto diferido se incluye dentro de los recursos sin efectivo suspensivo. La finalidad de admitir esta forma de recurrencia, que funciona como una reserva para el caso en que el expediente sea luego elevado en alzada interpuesta contra la sentencia definitiva, es la celeridad, evitando continuas interrupciones del procedimiento principal [42].

## VI. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS

La primera y más conocida clasificación de los recursos es en *ordinarios* y *extraordinarios*. El primero, se da con cierto carácter de normalidad dentro del proceso, procede libremente sin exigencias adicionales; el segundo, en cambio, es excepcional y limitado, pues sólo procede contra determinadas resoluciones y por motivos tasados en la ley. En esta perspectiva, el único recurso extraordinario es el de casación, no así el vigente de nulidad por cuanto no obedece a motivos tasados ni impide al juez *ad quem* pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa.

Por sus efectos, el recurso –como ya hemos explicado– puede ser suspensivo o no, de trámite inmediato o diferido, y devolutivo o no devolutivo. El único recurso no devolutivo de nuestro ordenamiento procesal penal es el de reposición.

---

[42] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 141.

# CAPÍTULO XXX
# EL RECURSO DE REPOSICIÓN

SUMARIO: **I.** Concepto y naturaleza. **II.** Resoluciones recurribles. **III.** Procedimiento.

## I. CONCEPTO Y NATURALEZA

En el derecho comparado este recurso también recibe los nombres de revocatoria, súplica, reforma y reconsideración. Siguiendo a Jorge Walter PEYRANO consideramos que el término "reposición" es el más correcto; proviene de una definición hispánica que apuntaba a subrayar que con dicho recurso se persigue dejar al pleito en el mismo estado que estaba antes de dictarse la resolución recurrida [43].

Se define el recurso de reposición como recurso "... tendiente a obtener que en la misma instancia donde una resolución fue emitida, se subsanen, por contrario imperio, los agravios que aquélla pudo haber inferido". Es, por consiguiente, un recurso para que el mismo órgano y, por ende, en la misma instancia, reponga su decisión por contrario imperio [44]. Se trata, por consiguiente, de un medio no devolutivo.

Este recurso tiene su fundamento en la economía procesal representada por la conveniencia de evitar una doble instancia a través del expediente de otorgarle al tribunal autor de una resolución la oportuni-

---

[43] PEYRANO, Jorge Walter: «El recurso de reposición», en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 70.

[44] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 86.

dad de corregirla luego de un nuevo estudio de la cuestión. Esta posibilidad permite, a su vez, una revocatoria por contrario imperio, esto es, una retractación mediante el dictado de una nueva resolución que deja sin efecto una anterior: retractación consumada en ejercicio de la misma potestad ("imperio") que antes le permitiera dictar la resolución impugnada [45].

## II. RESOLUCIONES RECURRIBLES

El art. 338º del Código de 1991 se limita a sostener que es objeto del recurso de reposición un decreto. Entendemos por decreto, según lo dispuesto en el art. 121º, primer párrafo, del Código Procesal Civil, aquella resolución que impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite. Se trata, pues, de las resoluciones de menor importancia en la escala, porque, justamente, este medio impugnativo se da, generalmente, en lugar de la apelación, o cuando no corresponde la apelación [46].

Este recurso, explica CLARIÁ OLMEDO, puede interponerse ante cualquier tribunal que esté a cargo del proceso conforme a su competencia funcional; vale decir que la reposición procede tanto durante el curso del sumario como del plenario y también durante el trámite de recurso de Alzada [47].

## III. PROCEDIMIENTO

El Código Procesal Penal de 1991 sólo precisa que el plazo para interponerlo es de un día de notificado o conocido el decreto. En tal virtud, siguiendo lo dispuesto en el art. 363º del Código Procesal Civil, y vista la máxima brevedad que informa este recurso, si interpuesto éste el juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es notoriamente inadmisible o improcedente, lo declarará así sin necesidad de trámite; por otro lado, de considerarlo necesario, el juez conferirá tras-

[45] PEYRANO: «El recurso de reposición», cit., p. 71.

[46] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 89.

[47] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 497.

lado a las demás partes por tres días (si en el procedimiento penal la interposición del recurso tiene un plazo de un día, obviamente el plazo para la contestación del mismo debe ser similar), vencido el cual resolverá con su contestación o sin ella.

Este recurso se interpone por escrito por regla general. Sin embargo, si la resolución impugnada se expidiera en una audiencia, el recurso debe ser interpuesto verbalmente y se resuelve de inmediato, previo traslado a la parte contraria.

El pronunciamiento sobre la resolución es preclusivo. No cabe contra el auto que la resuelve recurso alguno. Es indudable, señala VÉSCOVI, que no se puede admitir que se siga recurriendo, por razones de abreviación, siendo suficiente garantía la de admitir el planteo del recurso por una vez, como lo dispone el art. 363º *in fine* del Código Procesal Civil, tanto más si se trata de cuestiones no trascendentales [48].

Mediante la reposición se busca subsanar vicios *in procedendo* o error *in iudicando*, tal como prescribe el art. 363º del Código Procesal Civil, que asume la tesis amplia del objeto de la reposición. Como tal, es indudable que sólo procederá en cuanto el decreto lesiona los intereses procesales de las partes.

[48] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 96.

# CAPÍTULO XXXI
# EL RECURSO DE APELACIÓN

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. Apelación contra resoluciones instructoras. III. Apelación contra sentencias. IV. Algunos principios de la apelación penal: 1. Limitación del conocimiento del Juez *ad quem*. 2. Prohibición de pronunciarse sobre los no apelantes. 3. Extensión de la competencia en los supuestos de estrecha relación. 4. Competencia para estudiar los presupuestos de validez del proceso. 5. Vigencia de la "*reformatio in peius*". 6. Posibilidad de apreciar nueva prueba. 7. El Juez *ad quem* puede condenar al absuelto.

## I. ASPECTOS GENERALES

Las resoluciones judiciales pueden estar viciadas, acota CORTÉS DOMÍNGUEZ, por un doble orden de motivos: en primer lugar, por *vicios de actividad*, que son irregularidades en algunos de los actos externos que componen la sentencia y el proceso que la antecede; y, en segundo lugar, por *defectos de juicio*, que son las desviaciones o equivocaciones que sufre el juez en la labor lógica que debe llevar a cabo en la resolución [49]. En tal virtud, es posible hablar de resoluciones inexistentes, en el primer caso, y resoluciones regulares pero con defecto de razonamiento, en el segundo caso. Para remediar esto último nace el *medio de gravamen*, por el cual se busca remediar el error judicial en una sentencia equivocada y por tanto injusta, cuyo medio típico es el recurso de apelación.

En abstracto, el recurso de apelación puede dirigirse contra resoluciones interlocutorias, que realizan la dirección del proceso, y contra la

[49] CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor; GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 336.

sentencia final de una instancia del proceso. Este recurso, cuando está radicado en las sentencias, es el mecanismo procesal para conseguir el *doble grado de jurisdicción* (es el que configura la segunda instancia), a que hace referencia de modo amplio el art. 139º.6 Const. y desde una perspectiva más estricta los arts. 11º de la LOPJ y X del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Concebir el recurso de apelación como un medio de gravamen, importa: **a)** que si transcurrido el tiempo para la interposición de la alzada ésta no se ejercita, entonces, la resolución llega a ser declaración de derecho, por lo que durante ese lapso sus efectos jurídicos están suspendidos (en la impugnación, por lo general, la resolución recurrida se ejecuta provisionalmente); y, **b)** que el Juez Revisor tiene los mismos poderes y posibilidades que el Juez *a quo*, desde que por el medio de gravamen se pretende una nueva resolución, consecuentemente, el primero debe contar con el mismo nivel de conocimientos y de datos del segundo; en este caso el Juez Revisor conoce de nuevo y dicta una segunda resolución sobre lo ya decidido por el Juez *a quo*, es decir, su conocimiento es general, a diferencia del conocimiento restringido y limitado al examen del motivo de impugnación alegado propio de la impugnación.

En virtud de lo expuesto, se define el recurso de apelación, siguiendo a ESCUSOL BARRA, como aquel medio de impugnación de resoluciones judiciales, por el que se pretende que el órgano jurisdiccional superior jerárquico del que dictó la resolución apelada (es un recurso parcialmente devolutivo y vertical), valore los planteamientos del recurrente y deje sin efecto la resolución recurrida o la sustituya por otra que sea acorde con la ley [50]. A través de la apelación, aclara ORTELLS RAMOS, el Juez Revisor puede juzgar y resolver de nuevo cuestiones fácticas y jurídicas ya resueltas y hacerlo con toda la amplitud que determine el recurrente y que autoricen los poderes oficiales de aquel órgano jurisdiccional [51].

En nuestro proceso penal existen recursos de apelación: **1.** Contra las resoluciones instructoras del Juez Penal (v. gr.: autos que resuelven excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, medidas cautelares y

---

[50] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 677.

[51] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 428.

contracautelares, medidas instrumentales restrictivas de derecho, denegación de actos de investigación, sobreseimiento, etc.). **2.** Contra las sentencias expedidas por los Jueces de Paz en los juicios por faltas. **3.** Contra las sentencias dictadas por los Jueces Penales en los juicios sumarios o abreviados. En puridad, el conjunto de esas apelaciones en el sistema de los Códigos de 1940 y 1991 constituyen medios de gravamen, con algunos matices que se precisarán para el caso de las sentencias en los procesos por delitos menos graves. En cambio, en el Proyecto de 1995 la apelación de sentencias, especialmente en el caso del procedimiento sumario o abreviado –que en dicho Proyecto se denomina proceso ordinario–, constituye un medio de impugnación en sentido estricto.

La competencia funcional para conocer del recurso de apelación contra las resoluciones instructoras dictadas por el Juez Penal la tiene la Sala Penal Superior. En el caso de los juicios por faltas, la competencia funcional la tiene el Juez Penal. El recurso de apelación se interpone por escrito con firma de Letrado. Para su procedencia no se exige fundamentación, pero sí la precisión de los agravios que ocasiona la resolución recurrida, la cual se difiere al procedimiento recursal, antes de que se absuelva el grado. La sustentación del recurso, explican BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, está orientada a impedir la inútil dilación de los procesos y a exigir del recurrente que señala, así sea someramente, las razones que lo llevan a impugnar la decisión, y debe entenderse como la enumeración en forma clara y precisa de los fundamentos del disenso [52].

El art. 339º del Código de 1991, desde el punto de vista de la competencia funcional, ha instituido tres denominaciones de recursos de apelación. Se denomina *apelación elemental* cuando se recurra de una resolución dictada por el Juez de Paz, correspondiendo su conocimiento al Juez Penal (el art. 23º.4 limita las resoluciones apelables a las sentencias, aunque el art. 389º comprende expresamente a los autos). Se denomina *apelación superior* cuando se recurra de una sentencia expedida por los Jueces Penales en los procesos ordinarios y en los procesos especiales por razón del ejercicio privado de la acción penal o cuando se recurra de autos definitivos (que resuelvan cuestiones previas, excepciones y

[52] BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 232.

cuestiones prejudiciales, que declaren extinguida la acción penal o que pongan fin al procedimiento o la instancia) o que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena, en cualquier clase de proceso. Su conocimiento corresponde a las Salas Penales Superiores (art. 22º.4). Finalmente, se denomina *apelación suprema* cuando se recurra de las sentencias o de los autos definitivos o que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena, en los procesos especiales por razón del delito o la pena, dictados por las Salas Penales Superiores en primera instancia (arts. 373º y 375º).

## II. APELACIÓN CONTRA RESOLUCIONES INSTRUCTORAS

El recurso de apelación es un recurso ordinario y principal, no subsidiario, que se interpone ante el mismo juez que dictó el auto cuestionado. El plazo de interposición del recurso es, aparentemente, de un día en el Código de 1940, si es que se aplica supletoriamente el art. 295º de dicho Cuerpo de Leyes, modificado por el Decreto Ley Nº 21895. Sin embargo, la Corte Suprema ha establecido recientemente que tratándose de autos, ante la falta de norma expresa, es de acudir en vía supletoria al Código Procesal Civil por imperio de su Primera Disposición Complementaria; en consecuencia, de conformidad con el art. 376º.1 de dicho Código, la impugnación debe producirse dentro del término de tres días [53]. En el caso del Código de 1991 el plazo es de tres días (art. 344º).

El Código de 1940 no tiene una lista de resoluciones recurribles en apelación. Empero, de modo general –siguiendo el modelo del procedimiento civil– se entiende que son impugnables en apelación los autos, es decir, aquellas resoluciones que resuelven sobre el rechazo de la promoción de la acción penal, las formas de conclusión especial del proceso –cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales, sobreseimiento–, la admisión, improcedencia o modificación de las medidas limitativas de derechos, las "*demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento*" (art. 121º, segundo párrafo), así como los autos que desestiman medios de prueba (art. 190º *in fine* del CPC). El art. 365º del Código Procesal Civil también comprende a las sentencias en el recurso de apelación.

[53] Ejecutoria suprema de 5 de diciembre de 1997, Exp. Nº 3206–96, Lambayeque.

El Código de 1991 incluye los autos que declaran extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia, así como aquellos que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena (arts. 340º.2 y 341º.2). Sin embargo, pese a este concepción limitativa de la procedencia de la apelación, el art. 343º prescribe *que "el recurso de apelación procede cuando, sin estar específicamente previsto, deba satisfacerse el principio constitucional de la instancia plural"*, situación que posibilita la proliferación de impugnaciones en la fase sumarial, desnaturalizando su contenido, y que da a entender erróneamente que la instancia plural significa que toda decisión debe ser objeto de un recurso ordinario, cuando en puridad la alzada sólo procede frente a aquellas resoluciones que ocasionan a las partes un determinado gravamen irreparable.

Es de tener presente que, de modo específico, el Código de 1940 prevé recurso de apelación en los siguientes casos: **a)** autos que declaran no haber lugar a la apertura de instrucción, art. 77º; **b)** resoluciones que resuelven incidentes, art. 90º (decisiones que requieren motivación expresa y que resuelven cuestiones vinculadas a la validez del procedimiento o a la procedencia de determinados actos procesales); y, **c)** autos de embargo, art. 94º. En cuanto a las normas vigentes del Código de 1991, son apelables específicamente: **a)** los autos de detención, art. 138º; y, **b)** los autos de libertad provisional, art. 185º.

La apelación de los autos dictados en la etapa de instrucción es, en esencia, un medio de gravamen. El Código de 1940 ni siquiera condiciona su procedencia a la expresión de los motivos de impugnación o agravio. El Código de 1991, aun cuando exige la motivación del recurso (art. 334º, segundo párrafo), no condiciona su procedencia a especiales motivos taxativamente estipulados en la ley. En consecuencia, en ambos Códigos, sólo basta que la resolución recurrida haya producido un agravio o perjuicio a la situación procesal de las partes. En tanto se cumplen los requisitos formales para su interposición, el juez *a quo* está obligado a concederlo, lo cual obedece al hecho de que "... con el recurso se denuncia la infracción de algún precepto observable, y a que, además, el recurso es cauce a través el cual fluye una concreta actividad depuradora, que pretende el triunfo del principio de legalidad y el respeto al derecho fundamental de tutela judicial efectiva [54].

[54] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal,* cit., p. 678.

La concesión del recurso, sea en uno o en ambos efectos, importa la elevación de los actuados, en rigor, del cuaderno correspondiente (en la etapa sumarial o de instrucción la impugnación de una resolución no puede interrumpir el curso de la investigación) al órgano judicial superior. Recibidos los actuados, se correrá vista fiscal en aquellos casos en que la ley expresamente lo dispone. Es de tener presente que el art. 91º de la LOMP señala los casos en que procede la vista fiscal: cuestiones de competencia, recusación e inhibición, acumulación y desacumulación, cuestiones previas, prejudiciales y excepciones, constitución en parte civil, embargo, libertad provisional y libertad incondicional; y, que el art. 138º del Código de 1991, norma vigente, prohíbe expresamente la vista fiscal cuando se trate de apelación de autos de detención.

Recibidos los autos de la Fiscalía con el dictamen respectivo o en los casos en que este trámite no proceda, se pondrá la causa en conocimiento de las demás partes para que presenten sus alegatos o, en su defecto, se comunicará a las partes que la causa está expedita para ser resuelta (arts. 373º, 376º y 377º del CPC). A continuación se señalará día y hora para la vista de la causa, cuyo plazo será de cinco días cuando se trata de procesos con reo en cárcel o que estén por prescribir (art. 131º LOPJ). El informe oral a la vista de la causa sólo procederá en las resoluciones que ponen fin al proceso, sea que así lo haya declarado el juez *a quo* o que su decisión por el juez Revisor pueda importar el archivo del proceso, salvo que solicite la parte y el grado sea de notoria importancia (art. 132º LOPJ).

En el Código de 1991, recibidos los autos del Ministerio Público, se notificará a las partes para que dentro de dos días presenten sus alegatos. La resolución que absuelve el grado se dictará en el plazo de tres días si se trata de procedimiento con detenido y de cinco días en los demás casos, salvo disposición contraria de la ley (art. 334º).

Los códigos rituarios penales, incluyendo el Código Procesal Civil, no contemplan la posibilidad de realización de prueba en las apelaciones de resoluciones interlocutorias: no puede pedirse al órgano *ad quem* la práctica de actos de investigación complementarios que amplíen los elementos de convicción relevantes para resolver, por lo que la concepción de la ley es la de una "*apelación limitada*". Empero, los tribunales penales, uniformemente, aceptan la presentación de prueba instrumental. Tal concepción, explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, es consecuencia de concebir la apelación como medio de gravamen, aunque se admite la prue-

ba documental (modelo español, art. 231º Ley de Enjuiciamiento Criminal) porque normalmente es la que posibilita una valoración más unitaria de la cuestión sometida a litigio, en modo tal que se piensa que la valoración que hace o que pueda hacer el Tribunal de esos documentos no será distinta a la que podía hacer el juez *a quo* [55].

La resolución del recurso se adopta en forma de auto y, como apunta ORTELLS RAMOS, su sentido puede ser estimatorio o desestimatorio, aunque también influye en sus efectos que la instrucción siga abierta o esté ya concluida. Si la instrucción está abierta se devuelven los autos al Juez *a quo* (si el efecto del recurso es suspensivo, la estimación del recurso originará el levantamiento de la suspensión de la ejecución); en cambio, si la instrucción ya culminó y la apelación es estimada, además de la revocación del auto apelado, se revoca igualmente la resolución que da por concluida la instrucción y se devuelve éste para el cumplimiento de la resolución del recurso [56].

El Juez revisor no sólo puede, dentro de los márgenes atribuidos por el recurso –la propia resolución impugnada y su tramitación–, confirmar o revocar la resolución, siempre que ello no entrañe modificación del auto impugnado en perjuicio del apelante y en la medida que sólo él haya interpuesto el recurso. Además, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa (art. 370º CPC) y en todo aquello "accesorio, incidental o subsidiario" (art. 298º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, y art. 326º *in fine* del Código de 1991). Por último, puede anular la resolución recurrida y la tramitación que dio lugar a dicha resolución, en aquellos supuestos en que se ha producido un defecto insubsanable que vicia la validez de los actos procesales correspondientes (art. 382º CPC).

Emitido el auto de vista, sólo cabe a las partes formular pedidos de aclaración o corrección; en el primer caso, cabe aclarar un concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria o que influya en ella; y, en el segundo caso, corresponde corregir cualquier error material evi-

[55] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 648.

[56] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 432.

dente (los errores numéricos y ortográficos pueden corregirse en cualquier momento) o completar la resolución respecto de puntos controvertidos pero no resueltos (arts. 406º y 407º CPC).

## III. APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS

El recurso de apelación se encuentra específicamente previsto para las sentencias dictadas por los jueces Penales en los procedimientos sumarios o abreviados (arts. 7º del D. Leg. Nº 124, y 305º del Código de 1991) y por los jueces de Paz Letrados en los procedimientos por faltas (arts. 325º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126 y 389º del Código de 1991).

En cuanto a la naturaleza del recurso de apelación nacional contras las sentencias, es de puntualizar que en los dos Códigos tiene la calidad de medio de gravamen y, por ende, buscan un nuevo conocimiento de la causa. En cambio, el modelo de apelación impuesto en el Proyecto de 1995, siguiendo la fuente española, tiene una naturaleza híbrida aunque más alineado a la naturaleza de medio de impugnación. En efecto, explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, se exige formalizar el recurso y se condiciona la impugnación a la precisión de causales o motivos específicos de procedencia, lo que es propio de todo medio de impugnación; pero, por otra parte se permite la solicitud de recibimiento de la apelación a prueba, concebida en términos amplísimos, con lo que se busca un nuevo, completo y más exacto conocimiento de la realidad, juzgando no sólo el material fáctico obtenido en primera instancia, sino también el que se haya podido obtener posteriormente en la apelación, lo que afilia el recurso a su consideración de medio de gravamen [57].

El recurso de apelación regulado para ambos fallos produce el efecto devolutivo. También tienen efecto suspensivo. Sobre el particular, el art. 336º del Código de 1991 señala que *"Salvo disposición contraria de la ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere."*. Por su parte, el art. 293º del Código de 1940 precisa que la interposición del recurso de nulidad –lo que se hace extensivo al recurso de apelación– no impide

[57] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 653.

que se cumpla la sentencia expedida por el Tribunal, salvo el caso de la pena de expatriación (las demás penas infamantes de privación de libertad resultan inaplicables con la entrada en vigor del nuevo Código Penal).

Interpuesto el recurso de apelación ante el Juez que emitió el fallo cuestionado éste debe concederlo, siempre que se haya cumplido los requisitos objetivos y subjetivos previstos en la ley. La apelación debe interponerse por escrito y presentarse dentro del plazo de ley: en la legislación vigente es de tres días para sentencias por delitos menos graves y de un día para sentencias por faltas, mientras que en el Código de 1991, uniformemente, es de tres días en ambos casos; y, debe precisarse el agravio, el vicio o el error que la motiva, pudiendo diferirse la fundamentación hasta el momento de alegatos que se llevará a cabo ante el órgano judicial funcionalmente competente para conocer la Alzada.

Elevado el proceso principal al Juez *a quem*, el procedimiento recursal en el caso del procedimiento sumario o abreviado importa la vista fiscal. Emitida ésta, que debe realizarse en el término de ocho días si hay reo en cárcel y de veinte días si no lo hay, el órgano judicial debe poner en conocimiento de las partes el dictamen y, vencido este trámite, debe señalar día y hora para la vista de la causa, en la cual es posible el informe oral de éstas [58]. Producida la vista, con o sin informe oral, el Tribunal debe emitir sentencia dentro de los quince días siguientes (art. 8º, D. Leg. Nº 124).

El Decreto Legislativo Nº 124 permite al Tribunal decidir si el grado ha de ser absuelto por uno Vocal o por el Pleno de tres miembros. Esta decisión, por completo inimpugnable, se dictará en función al número de procesados y a la complejidad del caso.

La actuación de pruebas no está expresamente permitida, salvo el caso de la prueba documental, según ya se ha expresado. Por ello, llama la atención que el Supremo Tribunal, dando un alcance inusitado al recurso de apelación penal –obviamente restrictivo de nuestro modelo de enjuiciamiento– haya anulado un fallo de segunda instancia cuando no se tuvo a la vista las pruebas ofrecidas oportunamente (*sic*) por la parte civil [59]. El originario procedimiento sumario o abreviado del Decre-

[58] Ejecutoria suprema de 18 de mayo de 1994, Exp. Nº 1273–93–B, Puno (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 377–378).

[59] Ejecutoria suprema de 10 de octubre de 1977, Exp. Nº 856–77, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 21).

to Ley Nº 17110 facultaba al Tribunal, en decisión inimpugnable, a derivar el conocimiento de la causa en juicio oral, en cuya virtud era del todo posible actuar pruebas en segunda instancia, sin ningún tipo de limitación derivada del grado. El modelo del Proyecto de 1995 permite la actuación de nueva prueba en supuestos taxativamente contemplados y, por tanto, concibe la realización de una vista de la causa o audiencia de segunda instancia.

La sentencia de vista está sometida a los mismos límites de la apelación contra las resoluciones interlocutorias: **a)** respeto de la interdicción de la *reformatio in peius*; **b)** extensión del conocimiento por el Juez *a quem* al análisis de la validez del procedimiento que dio lugar a la resolución recurrida, así como a los vicios procesales intrínsecos a dicha resolución; y, **c)** posibilidad de integrar o complementar el fallo recurrido en supuestos accesorios y en los casos en que existió motivación de un punto determinado pero no se hizo mención a él en la parte resolutiva. Esta sentencia es definitiva, pues no cabe contra ella recurso alguno (art. 9º). Sólo procede petición de aclaración o corrección, en los términos fijados en los arts. 406º y 407º del CPC y, en el caso del modelo de 1940, *recurso de queja excepcional* cuando se ha producido una infracción a la Constitución o una grave violación de las normas sustantivas o procesales de la ley penal (art. 292º *in fine* CPP, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126).

Tratándose de apelación de sentencias por faltas, el juez penal resuelve inmediatamente por el solo mérito de lo actuado, sin perjuicio de la vista de la causa y de los informes orales correspondientes. Sin embargo, el art. 390º del Código de 1991 sólo permite alegatos escritos de los defensores, lo que constituye un contrasentido con la opción por el procedimiento oral impuesto en dicho procedimiento.

## IV. ALGUNOS PRINCIPIOS DE LA APELACIÓN PENAL

Son siete los principios de la apelación penal que es del caso destacar:

### 1. LIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO DEL JUEZ *AD QUEM*

El principio del debido proceso exige que el Superior sólo conozca de los aspectos impugnados de la resolución del Juez *a quo*. La competencia recursal está delimitada a los temas objeto de la impugnación. Así

lo consagra el art. 332º del Código de 1991. Es, como acota LEONE [60], el principio del llamado efecto parcialmente devolutivo –*"tantum devolutiom quantum apellatum"*– en cuya virtud el juez *a quem* debe reducir los límites de su resolución a las únicas cuestiones promovidas en el recurso. La apelación moderna, como anota CALAMANDREI, está encaminada más que a un nuevo estudio por parte del juez de mérito, a un nuevo examen de la decisión de primera instancia, a fin de ver si ella, en relación con el material recogido por el primer juez, fue justa y correcta.

### 2. PROHIBICIÓN DE PRONUNCIARSE SOBRE LOS NO APELANTES

Como la competencia del Juez *a quem* está circunscrita al ámbito de los extremos del recurso de apelación, tampoco cabe que se pronuncie sobre la situación de todas las personas afectadas por la decisión judicial. Donde no hay interés de las partes, al no aceptarse el principio contrario de la comunidad de la apelación, le está vedada al órgano judicial revisor extender de oficio su conocimiento a los no recurrentes, extremo en el cual la decisión recurrida queda firme.

Sin embargo, como explica María Pía CALDERÓN CUADRADO, la limitación de las facultades del Juez *a quem* derivada de la pretensión impugnatoria no pueden llegar a sus últimas consecuencias en atención a los intereses en juego en el proceso penal, por lo que será posible, al margen del viejo axioma "*tantum devolutum quantum apellatum*" y de la interdicción de la "*reformatio in peius*", que el condenado obtenga en apelación una sentencia favorable aun no siendo él el recurrente [61].

### 3. EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA EN LOS SUPUESTOS DE ESTRECHA RELACIÓN

Es posible que el Juez *a quem* pueda extender su competencia a materias que no fueron objeto de la impugnación o a imputados no recurrentes, "cuando exista una estrecha relación con los aspectos sometidos a consideración de segunda instancia, y no opere el fenómeno de rompimiento de la unidad procesal. Es decir, en aquellas hipótesis en que, dada la naturaleza del asunto, las decisiones adoptadas deben apli-

---

[60] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 165.

[61] CALDERÓN CUADRADO: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, cit., p. 110.

carse a todas las materias o a los no recurrentes, por tratarse de fenómenos objetivos con efectos generales; o cuando la decisión de segunda instancia resulta más favorable para los no impugnantes" [62].

Es de tener presente, siguiendo a LEONE [63], que (a) si los puntos de la decisión impugnada resultan, además, estrictamente dependientes; (b) si los motivos de la apelación reflejan la decisión entera y afectan al fundamento mismo de la declaración de responsabilidad; (c) si la indagación que debe realizar el juez *a quem* constituya el presupuesto de la cuestión deducida en los motivos, o bien esté con ella en relación de inseparabilidad, conexión o interdependencia, o de derivación –lo que no debe confundirse con posición subordinada–, es de admitirse la posibilidad de examen de cuestiones particulares no deducidas específicamente.

Como se decía anteriormente, este principio corona el efecto extensivo del recurso de apelación penal. Este efecto se aplica siempre que los imputados no apelantes se encuentren en la misma situación del apelante y les sean aplicables los motivos alegados en el fallo de vista. Al respecto, AGUILERA DE PAZ señalaba que tal disposición se sustenta en los principios de justicia y de humanidad.

Dos ejemplos son claros: a) en el caso de pluralidad de agentes con mandato de detención, uno de los cuales apela, en la medida que el Superior Tribunal considere que el delito objeto del proceso es uno sustancialmente menos grave que el considerado por el Juez Penal, los efectos de la revocatoria pueden comprender a los no apelantes, de suerte que éstos pueden instar la libertad provisional sobre esa nueva base; y, b) en el caso de pluralidad de agentes, condenados por un delito, en el que sólo uno apela, si el Tribunal considera que el hecho es atípico, puede extender la absolución a los no apelantes.

### 4. COMPETENCIA PARA ESTUDIAR LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL PROCESO

Las normas que regulan las causales de nulidad insubsanables, como ya quedó explicado, son de carácter imperativo y, por tanto, exigen que el juzgador anule actuaciones que adolezcan de tales vicios, tal como lo

---

[62] BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 243.

[63] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 167 y 173.

establece el art. 176º *in fine* del Código Procesal Civil. No es posible, por consiguiente, que se obligue al juez a absolver el grado sobre la base de actos procesales que puedan hacer ineficaz la actuación cumplida. El art. 382º del CPC expresamente prescribe que "*El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada*". Por consiguiente, como apunta Ernst BELING, el recurrente no puede impedir el examen de la admisibilidad de la persecución, que debe realizarse de oficio [64].

Este principio, unido al efecto extensivo del recurso, justifica que el procedimiento recursal se entienda con todas las partes, inclusive con los imputados no apelantes o recurridos.

## 5. VIGENCIA DE LA "*REFORMATIO IN PEIUS*"

La *reformatio in peius* no sólo limita el poder punitivo del Estado, garantiza la efectividad del derecho fundamental de defensa y favorece al condenado con la revisión de la sentencia dentro del único marco de las pretensiones solicitadas, además avala y garantiza la operatividad del sistema acusatorio [65]. Este principio tiene su último aval no tanto en los principios acusatorio, contradictorio e interdicción de la indefensión, sino esencialmente en el hecho de que sólo la parte es quien, con la interposición de su recurso, hace realidad la segunda instancia o doble posibilidad de enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, por tanto es ella quien delimita el ámbito de conocimiento del tribunal *a quem* respecto al objeto procesal de la instancia [66].

La *reformatio in peius*, señala CAFFERATA NORES, satisface la necesidad de garantizar al imputado la libertad de recurrir; o quizás sea más gráfico hablar de tranquilidad para recurrir. Esta tranquilidad sólo existirá cuando él sepa que el recurso que intenta nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia recurrida. Porque si existiera el peligro de que la impugnación deducida en su favor pudiera terminar empeorando su situación, puede resultar compelido a sufrir la sentencia injusta (a

---

[64] BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945, p. 255.

[65] BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 244.

[66] CALDERÓN CUADRADO: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, cit., p. 106.

su criterio) antes de correr el riesgo de que ésta se modifique en su perjuicio, lo que no es racional según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [67].

En tal virtud, si sólo impugna el imputado o lo hace el Ministerio Público en favor del imputado, no es posible que el fallo de vista pueda agravar su situación jurídica (v. gr.: aumentar la pena o la reparación civil o revocar la absolución e imponer una sentencia condenatoria). La resolución no debe ser modificada en disfavor del reo, de suerte que lo peor que puede ocurrir al recurrente es que se conserve la resolución. El concepto "agravación" o "modificación en su perjuicio" (art. 332º del Código de 1991) no sólo apunta al incremento del *quantum* punitivo, sino en general a todos los aspectos atinentes a la punibilidad. No se prohiben, en cambio, las modificaciones en la fundamentación de las resoluciones.

La doctrina y jurisprudencia colombiana considera que no hay agravación cuando el Juez *a quem* se limita a realizar un ajuste de la graduación punitiva a la normatividad aplicable, a fin de respetar el principio de legalidad de la pena (v. gr.: respeto a los límites mínimos previstos en la ley penal para los delitos, imposición de las penas accesorias o a las demás penas conjuntas previstas en un tipo penal o de aquella pena prevista para el delito de que se trate, pronunciamiento sobre el pago de la reparación civil). "El principio de la no *reformatio in peius* no faculta al juez para desatender normas de imperioso cumplimiento, porque siempre debe actuar con sujeción a la ley, tal como lo ordena la Constitución nacional" [68]. Desde esta perspectiva, la Corte Suprema de nuestro país ha establecido que el recurso –en este caso el de nulidad– otorga la facultad de subsanar o integrar una resolución que ha omitido imponer las penas accesorias de inhabilitación e interdicción a los sentenciados [69].

Sin embargo, otro es el temperamento de la doctrina y jurisprudencia italiana, que ha señalado que el juez de apelación no puede infligir una pena más grave en cuanto a la cantidad, aunque sólo se trate de

---

[67] CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1994, p. 222.

[68] BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., pp. 247–248.

[69] Exp. Nº 2004–83, Ica.

reducir la pena a los límites que el primer juez había violado (pena por debajo del mínimo legal): el error del primer juez no puede ser corregido sin la impugnación del Ministerio Público. No puede, en general, modificar en daño del imputado la pena que en la parte dispositiva haya sido infligida por el primer juez; en consecuencia, en caso de errónea omisión de una pena, que es el caso de las penas conjuntas, no puede sanear el error, agregando la pena no infligida, ni aun siquiera a pretexto de la eventual reducción de la pena infligida en primera instancia [70].

Por otro lado, acota Ernst BELING, como por este principio el objeto procesal está finiquitado desde todos los puntos de vista del *peius*, con efecto de cosa juzgada (con los efectos formales de cosa juzgada para el proceso pendiente, y con efectos materiales, si se trata de nuevos procesos), la resolución impugnada no pierde toda su importancia, aunque la anule el tribunal superior. La resolución a pesar de la anulación se conserva en el curso ulterior del proceso, en cuanto que el imputado no debe ser tratado peor que en su fallo. Todas las nuevas resoluciones deben dictarse dentro del marco fijado por la primitiva [71].

### 6. POSIBILIDAD DE APRECIAR NUEVA PRUEBA

La regla general, enseñan BERNAL y MONTEALEGRE, es que el Juez *a quem* toma su decisión con vista en la prueba aportada ante el *a quo*, en atención a que la segunda instancia es control y no creación. Empero, como el proceso penal busca la verdad la verdad real y no la formal, es posible aportar pruebas en segunda instancia que no fueron valoradas por el Juez *a quo* [72]. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse. Las hipótesis serían las siguientes:

*A.* Tratándose de resoluciones interlocutorias en las cuales el Juez *a quo* no pierde competencia para seguir realizando actos de investigación o actos de prueba anticipada o preconstituida, se admite que el Juez *a quem* pueda apreciar actos de investigación o de prueba actuados con posterioridad a la expedición de la resolución recurrida.

---

[70] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp.105.

[71] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 257.

[72] BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 249.

*B.* Es posible, como ya se anotó, acompañar documentos públicos o privados durante el procedimiento recursal, cuya apreciación será viable en la medida en que todavía exista una nueva oportunidad para que las partes conozcan y controviertan la prueba (en la actuación subsiguiente podrá darse cumplimiento a los principios de publicidad y contradicción);

*C.* El cambio, si no existe nueva oportunidad para que la parte contraria conozca y pueda controvertir la prueba, que es el caso de la apelación de sentencia o de auto de sobreseimiento, debe decretarse la nulidad del proceso a fin de que se reabra el término probatorio, lo que se producirá cuando la prueba es de tal magnitud que pueda modificar sustancialmente la situación jurídica apreciada en la decisión de primera instancia [73].

La Corte Suprema exige, en todo caso, que el Tribunal de Apelación valore al absolver el grado el mérito de la prueba instrumental presentada durante el procedimiento recursal, sancionando con la nulidad del fallo la omisión de tal valoración [74].

## 7. EL JUEZ *A QUEM* PUEDE CONDENAR AL ABSUELTO

Si se estima el recurso de apelación por razones de fondo, no hay ninguna razón para que el Juez *a quem* se abstenga de emitir una sentencia condenatoria, revocando la de primera instancia. El Código italiano expresamente contempla tal posibilidad, al que ha seguido el Proyecto de 1995, y, por cierto, la Ley española la considera implícitamente necesaria, tanto más si con la apelación el apelante busca que el órgano judicial superior emita un fallo sustitutivo aceptando sus pretensiones impugnatorias.

Sin embargo, el art. 301º *in fine* del Código de 1940, al regular el recurso de nulidad, expresamente prescribe que en caso de sentencia absolutoria, la Corte Suprema sólo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral, no obstante que sí permite absolver al injustamente condenado y modificar la pena según la naturaleza del delito o las circunstancias de su comisión (art. 300º). Esta prescripción ha sido incorporada por la jurisprudencia al recurso de apelación en el procedimiento sumario o abreviado.

---

[73] BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 250.

[74] Ejecutoria suprema de 9 de febrero de 1972, Exp. Nº 1366–71, Lima (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 206–207).

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Procedimientos Penales, se justifica la absolución del injustamente condenado en razones de estricta justicia, pero la condena del injustamente absuelto no se permite porque "La condenación sólo es posible alrededor y el influjo del acusado, mediante la defensa y disponiendo de los demás elementos constructivos de lo que se carece en la vista de la causa por la Corte Suprema" [75]. Aparentemente, la razón de tal concepción es asumir como elemento fundamental del recurso el *principio de inmediación*, que tal como apunta Arsenio ORÉ GUARDIA, requiere asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso y que, consecuentemente, su sentencia se base en un conocimiento pleno de la causa y se fundamente en el resultado probatorio que se ha logrado bajo su directa intervención [76].

Está claro que la Constitución consagra el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, lo que exige un recurso de apelación, que es el ordinario por antonomasia, que permita conocer integralmente del juicio histórico y del juicio jurídico; por tanto, la proscripción de la instancia única, incorporada en el art. 1º del Código de 1940 no calza con el ordenamiento constitucional vigente. Igualmente, bajo el imperio del derecho fundamental a la presunción de inocencia y del debido proceso (arts. 2º.24. 'e' y 139º.3 del Código Político) el juez debe fundar su convicción, esencialmente, en los actos de prueba actuados en el juicio oral bajo su control e inmediación. Ahora bien, la característica de la apelación es que el Juez *a quem* debe formar su propio convencimiento sobre los hechos y, sobre la base de tal convencimiento, dictar una nueva sentencia, absolutoria o condenatoria según el caso.

Un sector de la doctrina ha destacado que una apelación que se sustenta, en lo esencial, en las actas del juicio oral realizado en primera instancia y, además, en las actas del sumario ante las deficiencias de las primeras, es propia de un procedimiento escrito y del sistema de la prueba

---

[75] GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 612.

[76] ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996, p. 409.

legal y no necesariamente otorga mayores garantías de acierto para el justiciable, al faltar el contacto directo e inmediato con la prueba [77]. Otro sector, sin embargo, considera que la diferente apreciación de los elementos probatorios y la posibilidad de que arribe a un resultado contrario al realizado por el Juez *a quo* no constituye una vulneración a la presunción de inocencia, en la medida en que las pruebas practicadas en el juicio sean las que proporcionen el fundamento para la convicción del Juez *a quem*; por consiguiente, lo que hay es una discrepancia en la valoración de la prueba hecha por dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, pero no una vulneración de la presunción de inocencia [78].

Es cierto, sin embargo, que de hecho, reexamen quiere decir renovación integral del juicio por parte de un juez distinto sobre la cuestión, aunque sea la parcial y específica sometida a la apelación, y que un reexamen de este tipo contradice el principio acusatorio de la inmediación. No obstante ello, como afirma Luigi FERRAJOLI, éste es precisamente el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista que tiene, esto es, garantía de legalidad y garantía contra la arbitrariedad, el abuso o error judicial [79].

En todo caso, como apunta GIMENO SENDRA teniendo en cuenta la evolución del sistema jurídico que dio lugar a la instancia única, lo esencial es dotar de mayores garantías a las partes, determinar el ámbito del procedimiento recursal de modo que puedan aducirse la totalidad de los errores judiciales y vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia de primera instancia y la necesidad de una vista de la causa amplia que permita reproducir, en lo posible, las pruebas actuadas en primera instancia, como es el caso italiano, así como de contar con los recursos técnicos imprescindibles (videos) que permitan la protocolización exhaustiva del juicio oral y su reproducción ante el Juez *a quem* superarían las objeciones desde el ángulo de la inmediación [80].

---

[77] VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 192 y 194.

[78] Sentencia del Tribunal Constitucional español 124/83, de 21 de diciembre de 1983.

[79] FERRAJOLI: «Los valores de la doble instancia y nomofilaquia», cit., p. 448.

[80] GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 152 y 155.

Giovanni LEONE [81], siguiendo a RICCI, expone dos argumentos esenciales en pro de la apelación: **1.** La garantía del doble grado está en volver nuevamente sobre el estudio ya realizado, en juzgar de nuevo las primeras impresiones, en confrontar los resultados del uno y del otro examen, y ver cuáles se aproximan mayormente a la verdad. **2.** Como toda resolución debe ser motivada, la parte no favorecida puede extraer de ella los criterios que han guiado al juez *a quo* en el examen, y captar, por tanto, el lado débil de su causa, reforzándolo con nuevas deducciones en el segundo examen.

Por consiguiente, en tanto se afirma la doble instancia como principio constitucional en el orden procesal resulta imprescindible otorgar al Juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el Juez *a quo*. Cuando en el Código de 1940 se invoca la inmediación como obstáculo para la condena en vía recursal, olvida que expresamente se concede al revisor poderes para aumentar o disminuir la pena y que precisamente la inmediación es el principio más limitado que registra dicho Código, tal como se explicó al abordar el régimen de la prueba.

[81] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 132–133.

# CAPÍTULO XXXII
# EL RECURSO DE CASACIÓN

SUMARIO: I. Límites constitucionales. II. Características generales. III. Resoluciones recurribles. IV. Motivos de casación: 1. Aspectos generales. 2. Motivos por quebrantamiento de forma. 3. Motivos por infracción de ley. V. Procedimiento recursal: 1. Interposición del recurso. 2. Tramitación del recurso. 3. Sentencia casatoria.

## I. LÍMITES CONSTITUCIONALES

El art. 141º de la Constitución atribuye a la Corte Suprema, con exclusividad, el conocimiento del recurso de casación. La competencia del Supremo Tribunal, sin embargo, está delimitada por dos motivos: *negativo*, el primero, y *positivo*, el segundo. En efecto, si la acción se inicia en una Corte Superior o ante la Corte Suprema (jurisdicción originaria) no es posible que el órgano jurisdiccional supremo falle en casación: debe fallar en última instancia, es decir, en vía de recurso de apelación u otro similar, de contenido instancial u ordinario. Por otro lado, por disposición expresa, la Corte Suprema conoce en casación de las sentencias del Fuero Militar que impongan la pena de muerte (en concordancia con los arts. 141º y 173º de la ley fundamental).

Es de precisar, en cuanto al primer extremo competencial asignado al Supremo Tribunal, que no será posible el conocimiento en casación de la Sala Penal Suprema si la acción penal se promueve en la Corte Superior o en la propia Corte Suprema, es decir, cuando el control de la investigación o la investigación misma corresponde a un Vocal integrante de la Corte Superior o a uno integrante de la Corte Suprema. Esta prescripción normativa tiene sentido y coherencia interna en la medida en que se afirme, como lo hemos hecho, que el art. 139º.6 de la Constitución, al consagrar la

pluralidad de la instancia, exige, como mínimo, el recurso de apelación contra toda sentencia o auto definitivo de primer grado, de suerte que al Supremo Tribunal, por vía ordinaria o común, sólo puede acceder al conocimiento de las causas penales cuando se recurra sentencias y autos de vista o de segundo grado de carácter definitivo. En tanto no sea posible que el cumplimiento del doble grado de jurisdicción se cumpla en la Corte Superior, tanto porque la acción penal se inicia allí cuanto porque se plantea directamente ante la propia Corte Suprema, ésta debe asumir ese papel constitucional de cumplimiento de una garantía procesal propia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Para entender cabalmente la indicada prescripción constitucional, es del caso distinguir, como ya se hiciera capítulos atrás, entre introducción de la acción penal y deducción de la pretensión penal. Con GIMENO SENDRA es de reafirmar que la acción penal nace de la sospecha de la comisión de un hecho punible y da lugar, previa denuncia, a la incoación del auto de apertura de investigación o de aprobación de la promoción de la acción penal, mientras que con la acusación se deduce la pretensión penal y da lugar al auto de enjuiciamiento o de apertura de juicio oral [82]. En este orden de ideas, es de precisar, en primer lugar, que la Constitución menciona, sin duda alguna, el momento de la promoción de la acción penal y la consiguiente intervención judicial que permitirá la emisión de diversas resoluciones instructoras; y, en segundo lugar, que, además, tiene en cuenta la decisión final dictada en vía de instancia, que es precisamente aquella que va a permitir cumplir el doble grado de jurisdicción y determinar la competencia del Tribunal Supremo.

Son casos típicos de procesos en los que no podrá haber recurso de casación los denominados "*procedimientos especiales por razón de la función*", en especial los seguidos contra los altos dignatarios que tienen la prerrogativa del antejuicio (art. 99º Const.), en los que imperativamente el proceso penal se inicia y culmina en la Corte Suprema (art. 100º Const.), así como contra Vocales y Fiscales Superiores, y miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar por la comisión de delitos de función (art. 34º del TUO de la LOPJ), en los que también la Corte Suprema tiene competencia originaria. De igual manera, en los procesos penales seguidos contra magistrados de primera instancia por delitos funcionales (arts. 375º del Código de 1991 y 41º.4 del TUO de la LOPJ).

---

[82] GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., pp. 79 y 82.

## II. CARACTERÍSTICAS GENERALES

El recurso de casación penal, como recuerda ALMAGRO NOSETE, es una especie del instituto de la casación nacido en el conjunto de los remedios democráticos, que idearon los revolucionarios franceses, para conseguir la mejor sujeción de los jueces al cumplimiento y observancia de las leyes en su aplicación, mediante el establecimiento de un único órgano, que devino jurisdiccional, de máximo rango y jerarquía, encargado de realizar la referida función, asegurando la uniformidad de la interpretación judicial, con la anulación, en su caso, de las sentencias recurridas. Tiene como fin la revisión de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia [83].

En tal virtud, es posible definir el *recurso de casación* como el medio de impugnación, de competencia del Supremo tribunal, en virtud del cual, según enseña GÓMEZ ORBANEJA, se pide la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas por sí o no sujetas ya a ninguna otra impugnación, por error de derecho sustantivo o procesal. La casación se limita, *partiendo de los mismos hechos fijados en la instancia*, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que haya conducido a él [84].

Siguiendo a MORENO CATENA [85], el recurso de casación se caracteriza por tres notas esenciales: **1.** Se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema (art. 34º.2 del TUO de la LOPJ). **2.** Es un recurso extraordinario [86], desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones (autos y sentencias de vista en los procesos ordinarios, art. 345º del Código de 1991) y por motivos estricta-

---

[83] ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Trivium, Madrid, 1994, p. 579.

[84] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 302.

[85] En: CORTÉS DOMÍNGUEZ *et. al.*: *Derecho procesal civil*, cit., p. 365.

[86] Jaime GUASP enfatiza tal característica señalando que es el recurso extraordinario por antonomasia (*Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, T. II, p. 803).

mente tasados (arts. 437º y 348º del Código de 1991), regido además por un comprensible rigor formal. **3.** No constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque, de un lado, el órgano de la casación no enjuicia en realidad sobre las pretensión de las partes, sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; y, de otro lado, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal, tal como está estipulado en el art. 394º del Código Procesal Civil. El recurso de casación, enseña ORTELLS RAMOS, presupone la prohibición de alterar, en cualquier forma, la base fáctica de la que parte la sentencia recurrida [87].

La casación 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. En puridad, sin embargo, como enfatiza Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, la casación contemporáneamente se configura como un recurso que desarrolla su actuación para asegurar la interdicción de la arbitrariedad, tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como en la unificación de la interpretación penal y procesal [88]. Los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica se concretan a través de la finalidad de la casación, de garantizar la unidad de la aplicación de la ley y hacer justicia en el caso concreto, instituyéndose de este modo en un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad.

La función de fijar y unificar la jurisprudencia sólo es cumplida, explica ORTELLS RAMOS, en el sentido de que tiende a asegurar la decisión igual de los casos iguales, pero no en el sentido –presente en la casación civil, art. 386º, incs. 1 y 2– de establecer una doctrina en cierto modo vinculante para los tribunales de instancia. No existe, en efecto, casación por infracción de la doctrina jurisprudencial o en interés de la ley. Es de recordar, por lo demás, que si bien el Supremo Tribunal está

---

[87] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 444.

[88] MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal,* Comares, Granada, 1996, p. 20.

autorizado a publicar las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento por el resto de órganos judiciales, empero el art. 22º del TUO de la LOPJ permite a los jueces que por excepción se aparten de dicha doctrina, aunque "...están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan", lo que significa que existe cierto margen de flexibilidad respecto a la obligatoriedad de las denominadas sentencias de efectos generales.

El recurso de casación no constituye una nueva instancia, pues el conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema aparece delimitada por unos concretos motivos, y si bien se concentra en vigilar la obra del juez asegurando el respeto a la Ley y manteniendo la unidad de la jurisprudencia, también vela por el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable en su más amplio contenido (art. 139º.3 Const.), al asegurarle la posibilidad de someter el fallo de instancia a un Tribunal Superior [89].

El recurso de casación penal nacional es un recurso *devolutivo* y, a diferencia del ordenamiento procesal civil, *no suspensivo*. En efecto, ese recurso es de conocimiento de un órgano superior al que dictó la sentencia o auto de vista, señaladamente la Sala Penal de la Corte Suprema (art. 353º del Código de 1991). En cuanto al efecto suspensivo, el art. 336º del Código de 1991 prescribe que la resolución impugnada, salvo disposición contraria de la ley, se ejecuta provisionalmente. En la Sección dedicada al recurso de casación, el Código de 1991 no prevé ningún supuesto excepcional que imponga un determinado efecto suspensivo al recurso; en consecuencia, la regla es que el recurso de casación no es suspensivo.

Están legitimados para recurrir en casación las partes en tanto la decisión de segunda instancia les cause perjuicio. Son ellas las que tienen interés directo en anular una resolución judicial, sea porque dicha decisión vulnera su posición jurídica en el proceso o, en el caso del Ministerio Público, porque lesiona el ordenamiento jurídico, al punto de estar facultado a recurrir incluso en favor del imputado (art. 328º del Código de 1991). Se entiende, por imperio del art. 86º del Código de

[89] LUZÓN CUESTA, José María: *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 16.

1991, que el actor civil sólo tiene legitimación para recurrir de la reparación civil, mas no de la pretensión penal. Igualmente, es de entender, como recuerda HINOJOSA SEGOVIA, que el acusado absuelto no puede recurrir en casación, salvo que el tribunal de instancia se haya limitado a apreciar la prescripción del delito descartando la absolución basada en que no se desvirtuó la presunción de inocencia [90].

La casación, como se advierte de lo expuesto, es un recurso y no una facultad genérica o un principio que la Constitución entrega al Supremo Tribunal para conocer de procedimientos al margen del sistema de recursos. La competencia funcional tiene su origen en la ley y el control de las decisiones de instancia sólo es posible en la medida que la ley habilite expresamente un recurso. La invocación a la Constitución (arts. 241° de la Constitución de 1979 y 141º de la Constitución de 1993) es inadecuada para crear recursos o causales de procedencia inexistentes en el ordenamiento jurídico, de ahí que resulta censurable que el Supremo Tribunal asuma competencia recursal en los casos no previstos en el Código de Procedimientos Penales [91], bajo el genérico argumento que lo hace al amparo de la facultad de casación de que está investido. Es de destacar, por lo demás, que la propia Corte Suprema ha establecido que resulta improcedente el recurso de casación precisamente porque no existe o no se encuentra vigente la ley de desarrollo correspondiente [92].

## III. RESOLUCIONES RECURRIBLES

De modo general, el art. 345º del Código de 1991 prescribe que el recurso de casación procede contra las sentencias y autos expedidos por las Salas Penales Superiores en los procesos de trámite ordinario. Se trata de resoluciones expedidas en segunda instancia, pues tiene que haberse agotado el recurso de apelación superior.

---

[90] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 570.

[91] Véanse: Ejecutorias supremas de 24 de mayo de 1988, Exp. Nº 106–88, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 260–261); de 5 de agosto de 1976, Exp. Nº 722–76, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 472–473); de 10 de abril de 1991, Exp. Nº 634–90 (*Normas Legales*, T. 209, octubre, 1993, pp. J11–J12).

[92] Ejecutoria suprema de 8 de agosto de 1988, Exp. Nº 289–87, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 273).

Específicamente, sea que el recurso de casación sea de forma o de fondo, señala el art. 350º del Código de 1991, se lo admitirá contra dos modalidades de resoluciones. En *primer lugar,* contra los autos emitidos por las Salas Penales Superiores que importen sobreseimiento definitivo (léase auto de sobreseimiento propiamente dicho, arts. 253º y 254º *in fine;* auto que declare fundada las excepciones, art. 8º; auto que declara el corte del procedimiento por minoridad penal, art. 70º; auto que declara exento de responsabilidad al inimputable, art. 71º). En *segundo lugar,* contra las sentencias de las Salas Penales Superiores que sean confirmatorias o revocatorias (no las anulatorias) de las sentencias expedidas por el Juez Penal, siempre que el delito más grave, a que se refiere la acusación escrita del Fiscal Provincial, tenga señalado en la ley una pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Como quiera que con el fallo de segundo grado se agotó el doble grado de jurisdicción, el acceso al recurso de casación se niega en los procesos por delitos menos graves, cuya base es la pena conminada en el tipo penal.

Es de tener presente que contra los autos de sobreseimiento dictados, en primera instancia, por las Salas Penales Superiores procede recurso de apelación suprema (art. 258º), así como contra determinados autos emitidos en los procesos especiales por razón del delito o de la pena (art. 12º *in fine* y 341º, inc. 2) y, en general, contra las sentencias en los procesos especiales antes mencionados (art. 341º, inc. 1).

## IV. MOTIVOS DE CASACIÓN

### 1. Aspectos generales

Como quiera que la casación, anota Hinojosa Segovia, es un recurso extraordinario, no es suficiente que el recurrente haya sufrido un gravamen o perjuicio en la resolución recurrida, sino que es necesario que su impugnación esté fundamentada en alguna de las causales o motivos tasados dispuestos por la Ley [93]. Dos son las clases o modalidades de recurso de casación que permite la ley. Se trata del recurso de casación formal, o por quebrantamiento de forma, y del recurso de casación de

[93] En: De la Oliva Santos *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 571.

fondo, o por infracción de la ley material. Por el primero se denuncian los vicios *in procedendo*, en cambio por el segundo se denuncian los vicios *in iudicando* [94].

Al respecto, Miguel FENECH apunta que la casación por *quebrantamiento de forma* sirve para impugnar las resoluciones viciadas por carencia de alguno de los presupuestos de la formación procesal de aquéllas; se trata de una infracción a la ley procesal, aunque referida tan sólo a los vicios establecidos de manera taxativa en la ley. Por otro lado, la casación por *infracción de ley* sirve para impugnar resoluciones que presentan vicios por carencia de los presupuestos de su calidad, producidos bien por *error in iure*, bien por *error in facto*, al no aplicar correctamente la ley material [95].

El art. 346º del Código de 1991, siguiendo lo que el derecho comparado prescribe para el mencionado recurso, señala que el recurso de casación de forma versa sobre violaciones de trámites esenciales del procedimiento, mientras que el recurso de casación de fondo se circunscribe a las infracciones de la ley que influyeron decisiva ente en la parte resolutiva de la resolución recurrida.

## 2. MOTIVOS POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

El art. 347º del Código de 1991 señala taxativamente los supuestos casatorios de quebrantamiento de forma. Suponen la infracción de la norma procesal, desde dos perspectivas: **1.** Durante la tramitación del procedimiento. **2.** Al momento de dictar la resolución (auto o sentencia). Estos motivos son las circunstancias que han de concurrir en un proceso como totalidad o en la sentencia definitiva dictada en el mismo, que determinan taxativamente la admisión y en definitiva la eficacia del recurso de casación por quebrantamiento de forma [96].

Es de tener presente, como criterio rector en materia de quebrantamiento de forma, que salvo que se trate de un vicio procesal insubsana-

---

[94] ALMAGRO NOSETE en: ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 586.

[95] FENECH, Miguel: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1952, pp. 470, 485–486.

[96] FENECH: *Derecho procesal penal*, cit., p. 486.

ble, y en tanto no se altere el debido proceso, el principio del juez natural y el derecho a no ser sometido a un procedimiento distinto del previamente establecido, si una decisión de instancia no se cuestiona en la primera oportunidad que se tuviera que hacerlo, opera la convalidación tácita, de conformidad con lo dispuesto, supletoriamente, en el art. 172º del Código Procesal Civil, aplicable conforme a su Primera Disposición Complementaria y Final [97].

*A. Vicios de procedimiento*

Son dos: **a)** restricción irrazonable del derecho de defensa; y, **b)** incompetencia por razón de materia.

**a)** Debe entenderse por *restricción irrazonable del derecho de defensa*:

*a.1.* Todos aquellos vicios en que se infrinja el principio de contradicción, es decir, que se haya omitido citar para el juicio oral o en el curso de la instrucción a una parte admitida en el proceso. La finalidad de esta causal, señala MARTÍNEZ ARRIETA, es asegurar la correcta celebración del acto oral o del proceso en general con citación de todas las partes del enjuiciamiento, evitando la indefensión de aquella que habiendo adquirido la condición de parte no hubiere sido citada [98].

*a.2.* Violación del derecho a la prueba, que implica la indebida denegación de: un medio de prueba pertinente, de posible realización y propuesto en el tiempo y forma prescrito por la ley; de preguntas pertinentes y adecuadas a un testigo, perito o imputado; de preguntas que no son capciosas o sugestivas, siempre que en los dos últimos casos –como es obvio– sean especialmente determinantes para la justa resolución del proceso. Este supuesto, como destaca CORTÉS DOMÍNGUEZ, exige que la prueba –y, en su caso, la pregunta– propuesta y no practicada sea de carácter ineludible, insustituible, fundamental y de posible realización [99].

*a.3.* Cuando se lleva adelante un juicio contra un acusado, pese a la inconcurrencia de otros imputados o medios probatorios ofrecidos en

---

[97] Ejecutoria suprema de 8 de noviembre de 1996, Exp. Nº 5377–95, Arequipa (*Normas Legales*, T. 248, enero, 1997, p. A–37).

[98] MARTÍNEZ ARRIETA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 59.

[99] EN: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 677.

modo y tiempo previsto por la ley, no obstante que resulta indispensable su concurrencia o su actuación en aras de garantizar el efectivo derecho de defensa del acusado presente. Este supuesto tiene como esencia la existencia de causas fundadas que se opongan a juzgar a un imputado con independencia de otros [100] o a llevar a cabo el juicio sin la necesaria actuación de un medio de defensa ofrecido y aceptado, pero no actuado cuando correspondía.

**b)** Debe entenderse por *incompetencia por razón de materia,* cuando se da al hecho punible objeto del proceso penal o a un acto procesal concreto un trámite o procedimiento que no le corresponde o se encarga su tramitación y resolución a un órgano jurisdiccional distinto del previsto por la ley.

Los supuestos de la competencia material son los siguientes:

*a.1.* Cuando la ley asigna a una determinada infracción penal un preciso procedimiento penal (ordinario, a los delitos menos graves; especial por razón del delito, a los delitos más graves, y por faltas, para las faltas), que es el caso de la denominada *competencia objetiva.*

*a.2.* Cuando la ley asigna a determinadas personas, en relación a la función que desempeñan, un procedimiento especializado (caso de los altos dignatarios, de los magistrados, de los militares, por delitos funcionales), que es el caso de la denominada competencia *ratione personae.*

*a.3.* Cuando la ley asigna con toda precisión los órganos jurisdiccionales que han de intervenir en cada etapa del procedimiento o en cada concreto acto procesal que se lleva a efecto (conocimiento del recurso de apelación, de las recusaciones, de las medidas cautelares y coercitivas en general, etc.), que es el caso de la competencia *funcional.*

*B. Vicios por defectos de la sentencia*

Son cuatro: **a)** incongruencia omisiva; **b)** falta de claridad de los hechos probados o en los datos jurídicos; **c)** contradicción de los supuestos fácticos; y, **d)** falta de correlación entre acusación y sentencia.

---

[100] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal,* cit., p. 103.

**a)** Debe entenderse por *incongruencia omisiva,* cuando la sentencia no resolvió todos los puntos esenciales que fueron objeto de la acusación, o que estaban contenidos en los alegatos del Abogado Defensor o en la auto–defensa del procesado. Mediante este motivo se denuncia la violación al principio de exhaustividad de los fallos, es decir, siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS [101], el principio en virtud del cual nada dotado de entidad acusadora o defensiva debe quedar sin respuesta y no, desde luego, que a todas las cuestiones suscitadas por las partes haya de responder el tribunal, con el mismo orden, en parecidos términos y con similar extensión de los de esas cuestiones. Ello importa asumir, en primer lugar, que la motivación está estrechamente ligada a la exhaustividad y, por tanto, que cada punto o cuestión planteada deba fundamentarse como corresponde; y, en segundo lugar, que la omisión de un pronunciamiento determinado, que, sin embargo, se encuentra formulado en un considerando anterior, obliga a considerar que la parte dispositiva de la sentencia está integrada con aquél.

La incongruencia omisiva, como advierte Giovanni LEONE, ocurre cuando falta del todo la exposición de los motivos sobre un punto de la decisión. Ello se presenta cuando, ya sea por la estructura de la imputación, ya por el modo como se ha planteado la indagación, surja un punto de indagación de particular consistencia, o uno o más puntos hayan venido a ser objeto de más cuidadosa y controvertida investigación, o por el contrario de pacífica admisión; y, no obstante ello, no ha merecido por el tribunal de instancia la concisa exposición de los motivos de hecho y de derecho que corresponda [102].

**b)** Debe entenderse por *falta de claridad de los hechos probados o de los datos jurídicos u omisión de ellos,* tres motivos diferentes: **1'.** Falta de claridad de los hechos. **2'.** Falta de claridad de los datos jurídicos. **3'.** Omisión de consignación de los normas penales aplicables al caso.

*a.1. Falta de claridad de los hechos.* Se produce cuando la relación de los hechos probados que se hace en la sentencia aparece confusa, dubitativa o imprecisa. En este caso el Juzgador ha empleado expresio-

[101] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., pp. 507–508.

[102] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal,* cit., T. III, p. 193.

nes ininteligibles u oscuras, que hacen difícil la comprensión del relato, o incurrido en omisiones que alteran su significado y dejan prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos. Sin embargo, estas deficiencias, para constituir un motivo valedero de casación, explica LUZÓN CUESTA, deben estar en conexión con los condicionamientos determinantes de la calificación penal asignada a los hechos probados, provocando una laguna o vacío en la descripción histórica de los mismos, que determina una falta de premisa fáctica para formular la calificación jurídica, de forma que no puede orientar, dentro del silogismo en que la sentencia queda estructurada, el pronunciamiento condenatorio absolutorio [103].

*a.2. Falta de claridad de los datos jurídicos.* Se presenta cuando en las consideraciones de la sentencia se consignan referencias jurídicas sobre la antijuricidad penal de los hechos, la imputación personal o la individualización de la pena o la reparación civil confusas, dubitativas o imprecisas. El tribunal ha empleado expresiones oscuras o de imposible comprensión, que imposibilitan comprender el juicio jurídico y deslindar con seguridad los exactos motivos que sustentaron un determinado sentido del fallo, en rigor, de su parte resolutiva.

*a.3. Omisión de datos jurídicos.* Se incurre en este defecto cuando el tribunal no se pronuncia sobre un extremo trascendente del juicio jurídico de la sentencia, necesario para enmarcar como corresponde un pasaje o extremo especialmente relevante del juicio fáctico. El carácter fragmentario del relato jurídico o la falta de datos o pormenores para justificar el juicio de subsunción o el de individualización de la pena, resultará determinante en la medida en que, por lo incompleta y mutilada de las consideraciones jurídicas incorporadas en la sentencia, origine efectiva oscuridad o práctica imposibilidad de comprender y sustentar las conclusiones jurídicas del fallo.

**c)** Debe entenderse por *contradicción de los supuestos fácticos*, cuando se emplea en la sentencia, en el extremo referido a los hechos probados, términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una, resta eficacia a la otra porque resultan incompatibles al excluirse uno al otro produciendo una laguna

[103] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 105.

en la fijación de los hechos. Giovanni LEONE aclara que se da este vicio cuando dos o más partes de la motivación son incompatibles entre sí, o cuando la motivación es incompatible con la parte dispositiva [104]. Seis son los motivos, a juicio de MARTÍNEZ ARRIETA [105], para que la contradicción pueda ameritar que la Sala Penal Suprema ampare este motivo: **1.** Que sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; **2.** Que sea insubsanable dentro del contexto del hecho probado; **3.** Que sea interna del hecho probado, analizando directa e inmediatamente los términos en que aparece redactado el hecho probado; **4.** Que sea completa, afectando la incompatibilidad a los hechos y a sus circunstancias; **5.** Que sea causal al fallo, determinante de una incongruencia como consecuencia de la relación directa que ha de existir entre el hecho probado y el fallo de la sentencia; y, **6.** Que se produzca respecto a algún apartado que sea relevante a la calificación jurídica.

**d)** Debe entenderse por *falta de correlación entre acusación y sentencia,* aquel vicio en cuya virtud no se cumple con el deber de adecuación, de correlación entre, por un lado, los actos fundamentales de petición y alegación de las partes (acusación y defensa), y, por otro, la sentencia. Este motivo de casación descansa en un incumplimiento del principio de correlación *por exceso,* al decidirse sobre lo que no es objeto de resolución. El juez no puede decidir más que sobre el objeto del proceso propuesto por el fiscal y respecto a la persona que ha sido acusada por éste [106].

### 3. MOTIVOS POR INFRACCIÓN DE LEY

El art. 348º del Código de 1991 reconoce cuatro motivos de casación de fondo. Dicho artículo no sólo incluye la infracción de la ley material, sino también el error en la apreciación de la prueba. Se trata de defectos censurables en casación, anota CORTÉS DOMÍNGUEZ, que se producen en el momento de la sentencia y que afectan al razonamiento jurídico y fáctico que debe hacer el órgano judicial; lo que permite, en consecuencia, es denunciar los posibles errores que se hayan cometido

---

[104] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal,* cit., T. III, p. 194.

[105] MARTÍNEZ ARRIETA: *El recurso de casación penal,* cit., p. 65.

[106] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, pp. 394–396.

en esa actividad intelectiva del órgano judicial [107]. Tres de los motivos están vinculados al denominado *error iuris*: **a)** error en la tipicidad; **b)** error por inobservancia de las eximencias de responsabilidad penal; y, **c)** error en la apreciación jurídica–sustantiva. El otro motivo es el denominado *error facti*, destinado a controlar la racionalidad del juicio histórico del juez y cuestionar la arbitrariedad de la valoración probatoria.

*A. Error en la tipicidad*

Nuestro Código Penal, siguiendo los modelos italiano y suizo, al decir de HURTADO POZO, adoptó una clasificación bipartita de las infracciones penales: delitos y faltas. Los libros Primero y Segundo del Código Penal tratan de los delitos y el libro Tercero de las faltas [108]. Si bien, destaca ZÜRCHER, no hay absolutamente diferencia esencial entre las faltas y los delitos, sino solamente cuantitativa, como quiera que hay una diferencia simplemente legal, el error en calificar un hecho como delictuoso cuando en realidad es una falta, sometida ésta a su propio catálogo punitivo en el Libro Tercero del Código Penal, constituye motivo suficiente para casar la sentencia de instancia. Es obvio que en este supuesto se está ante una inobservancia o errónea aplicación de la ley penal, pues se considera delito lo que en realidad es una falta.

*B. Error por inobservancia de las eximencias de responsabilidad penal*

El Capítulo III del Título II "Del Hecho Punible" del Libro Primero del Código Penal trata sobre las "causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal". El art. 20º, norma central al respecto, reúne las causas que niegan: **1)** la conducta o comportamiento humano (fuerza física irresistible); **2)** la antijuricidad penal (causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad justificante, obediencia jerárquica, consentimiento y obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo); **3)** la imputabilidad (causas de exclusión de la culpabilidad: minoridad y anomalía psíquica grave, grave alteración de la conciencia o grave alteración en la percepción); **4)** la

[107] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 672.

[108] HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 325.

exigibilidad penal (causas de exculpación: estado de necesidad exculpante y miedo insuperable). A su vez el art. 21º consagra la institución de las eximencias imperfectas, mientras que el art. 22º incorpora supuestos de responsabilidad restringida en orden a la edad del agente (entre 18 y 21 años y más de 65 años). A esas normas deben incorporarse, por afectar también elementos esenciales del delito, las previstas en los arts. 14º y 15º del Código Penal, que aun cuando no están dentro del Capítulo sobre eximencias de responsabilidad penal sino en el Capítulo I denominado "Bases de la Punibilidad", resulta necesario hacerlo al reconocer específicamente causas; **5)** de atipicidad subjetiva (error de tipo); y, **6)** de exclusión de la culpabilidad (error de prohibición y error de comprensión invencibles).

Es este caso el tribunal de instancia no observa dichas disposiciones penales, que inciden en la constitución del injusto penal y de la culpabilidad o imputación personal. Inobservar significa, en este caso, no aplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente, otorgando un alcance que la ley no permite, una de las causas que niegan o, en su defecto (eximencias imperfectas), atenúan de modo relevante, el injusto penal o la responsabilidad penal por el hecho.

El art. 348º.2 del Código de 1991 incorpora otro motivo de casación: cuando la sentencia sea condenatoria a pesar de existir un motivo fundado para disponer el sobreseimiento definitivo de la causa. El problema de este motivo es que el Código no regula en su texto motivos específicos de sobreseimiento, como lo hace por ejemplo la ley procesal española. Sin embargo, resulta obvio, luego del estudio que hemos dedicado al tema, que estos motivos serían: **a)** presupuestos de derecho material: insubsistencia objetiva del hecho, inexistencia del hecho punible, falta de indicios de responsabilidad penal y prueba notoriamente insuficiente; y, **b)** presupuestos de derecho procesal: causas de exclusión de la pena, ausencia de autorización para procesar, presencia de inviolabilidades e inmunidades y ausencia de presupuestos que condicionen la válida iniciación del procedimiento (condiciones de perseguibilidad). En este caso el juzgador de instancia no observó, como corresponde, las normas jurídicas que definen los presupuestos de derecho material como procesal, aunque es de aclarar que sólo tendrán relevancia casacional aquellos supuestos que excluyan el juicio fáctico por no ser de competencia del tribunal de casación, consecuentemente, en lo que respecta a los presupuestos de derecho material, cabe excluir

todos los supuestos incluidos, salvo el caso de inexistencia del hecho punible cuando su determinación esté radicada en el juicio de subsunción.

*C. Error en la apreciación jurídico–sustantiva*

En rigor, este es el motivo más genuino de la casación y, en puridad, engloba a los dos anteriores. Por este motivo se denuncia ". .. la violación de un precepto legal por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación ...". La infracción denunciada está referida a un precepto legal de decisiva influencia en la parte resolutiva de la sentencia o auto. Se descarta la infracción de doctrina legal o la vulneración de doctrina jurisprudencial.

La norma o precepto legal infringido debe ser de carácter sustantivo, esto es, las normas del Código Penal y demás leyes penales especiales, en cuanto definidores: **a**) de la infracción penal (bases de la punibilidad y tentativa); **b**) de las personas responsables (autoría y participación); **c**) de las penas y circunstancias determinantes de la aplicación de las mismas, así como de las reglas para su imposición y medición; **d**) de la aplicación y graduación de las medidas de seguridad; **e**) de la extinción de la acción penal y de la pena; **f**) de las consecuencias accesorias del delito; y, **g**) de la responsabilidad civil derivada del delito. También se entiende las normas no penales de carácter sustantiva, en tanto deba ser observada en la aplicación de la ley penal, que es el supuesto de las leyes penales en blanco. De igual manera, como recuerda LUZÓN CUESTA, también puede invocarse la infracción de una norma constitucional de relevancia penal y, con ellas, obviamente, algunas normas adjetivas que su inobservancia pueda dar lugar a la declaración de inocencia o propiciar la condena [109]. ESCUSOL BARRA acota respecto de las normas procesales que su vulneración puede ser invocada por este motivo cuando dicha norma necesariamente tenga que ser observada en la aplicación de la ley penal [110].

Un elemento característico esencial de este motivo de casación es el respeto a los hechos probados a que hace referencia el art. 349º del Código de 1991. La casación, por este motivo, acota MARTÍNEZ ARRIETA, es

[109] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 47.

[110] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 697.

un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es revisar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deben permanecer inalterados [111].

Uno de los supuestos más destacables en sede casacional por infracción de ley es, sin duda, la invocación de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido en nuestra Constitución en el art. 2º.24. e), que tiene una naturaleza y carácter procesal. Este supuesto, ya abordado en capítulos anteriores, permite combatir el fallo de la resolución por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una "actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen", o, como ha declarado el Tribunal Constitucional español, por faltar una "adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías", practicadas en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derecho o libertades fundamentales [112].

Resulta obvio que integra el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia el que el tribunal de instancia razone con coherencia lógica las pruebas aportadas al proceso. En esta virtud, como apunta Giovanni LEONE siguiendo la jurisprudencia italiana, la casación debe controlar el procedimiento exterior que conduce a la formación del convencimiento del juez, esto es, comprobar que la sentencia de instancia está inmune de falta de lógica y de contradicciones y de que no haya dejado de tomar en examen los puntos esenciales del juicio o las resultancias procesales evidentísimas y fundamentales, que impediría a su vez la visión panorámica de la causa en sus líneas esenciales y determinaría un verdadero y propio paralogismo en el proceso lógico formativo del juicio [113].

Por otro lado, es de tener presente que, conforme al art. 359º del Código de 1991 los simples errores de derecho en la fundamentación de la resolución recurrida y las erróneas indicaciones de los textos lega-

---

[111] MARTÍNEZ ARRIETA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 45.

[112] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 50.

[113] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 194–195.

les, en los casos en que no hayan tenido influencia decisiva en la parte resolutiva de la sentencia u autor, no acarrean nulidad, pero deben ser corregidos. De igual manera se deberán corregir los errores en el cómputo de las penas. Esta norma es compatible con lo dispuesto en el art. 348º.3 del mismo Código cuando estatuye que no será casada una sentencia cuando el error en la apreciación jurídica sustantiva no ha tenido decisiva influencia en la parte resolutiva de la sentencia o auto.

*D. Error* facti

Este motivo es, en puridad, perturbador e incompatible con la específica naturaleza del recurso de casación, puesto que la valoración probatoria, en sí misma, como juicio sustitutivo del tribunal superior, está por completo descartada por imperio del art. 349º del Código de 1991. Señala el art. 348º.4 del Código de 1991 que esta causal es procedente "... si se tiene por acreditado un hecho decisivo... a pesar de que en autos no existen pruebas del hecho invocado".

Esta norma obliga al Tribunal Supremo a revisar las actuaciones probatorias y, sobre base, en relación a la afirmación conclusiva del Tribunal de instancia, determinar la existencia de un error positivo o un error negativo, es decir, en el primer caso, cuando se advierte que se consignan como hechos probados hechos que aparecen desvirtuados por un acto de prueba acreditativo del error; y, en segundo caso, cuando se colige que se afirma como hechos probados hechos carentes de acreditación, extremo éste que incide en el ámbito propio de la presunción de inocencia.

Ahora bien, como se trata de respetar, en todo momento, el principio de inmediación en la valoración probatoria, reservado al tribunal de instancia, el acto de prueba que se invoque para demostrar el error del tribunal inferior, a semejanza de la legislación española, debe tratarse de un documento, creado con fines de preconstitución probatoria, producido y originado fuera de la causa, no en actuaciones procesales documentadas, salvo el caso de informes periciales, diligencias de inspección ocular y reconstrucción, dado que en ellas es prácticamente igual la inmediación que tiene el tribunal de instancia y el de casación [114]. Este

[114] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 62.

documento, sostiene HINOJOSA SEGOVIA, debe constar en autos y demostrar la equivocación del juzgador de instancia (su contenido, en todo o en parte, no ha sido tomado en cuenta), pero no debe haber sido contradicho o desvirtuado por otros elementos probatorios [115].

Los procesalistas colombianos consideran que la apreciación errónea o la falta de apreciación de una prueba origina la violación indirecta de la ley sustancial, y puede ser el resultado de un error de derecho o de un error de hecho. El *error de derecho* se da: **a)** cuando el sentenciador admite y valora una prueba irregularmente aportada; y, **b)** cuando el sentenciador valora o le da un mérito superior o inferior a un elemento probatorio, distinto del que le da la ley [116]. En este último supuesto, según aclara Benjamín IRAGORRI DÍEZ, al reconocer que el sistema procesal moderno ha consagrado el criterio de conciencia en la valoración de la prueba, sólo será significativo cuando la ley de modo excepcional hubiera asignado a una determinada prueba una calidad privilegiada o plena, negada en el fallo recurrido [117]. Ahora bien, como tales referencias constituyen propiamente un error de derecho que incide en la aplicación de la ley penal y que tiene que ver con las referencias normativas de los elementos probatorios, en nuestra legislación se deben abordar como un supuesto claramente reconducible al art. 348º.3 del Código de 1991.

Desde la perspectiva colombiana, el *error de hecho* se presenta cuando: **a)** el sentenciador ignora una prueba que, válidamente aportada, se encuentra en el proceso; **b)** el sentenciador presuma una prueba de naturaleza conclusiva; y, **c)** el sentenciador desconoce o distorsiona una prueba en forma tal como si no existiera [118]. El error denunciado, acota IRAGORRI DÍEZ, debe ser manifiesto. La finalidad de este motivo de casación consiste esencialmente en subsanar ostensibles errores en que haya podido incurrir el juzgador de segundo grado; no en producir un replanteamiento valorativo de los elementos de juicio tenidos en cuenta con un mínimo de razones lógicas y jurídicas por el juzgador de instan-

---

[115] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 573.

[116] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 499.

[117] IRAGORRI DÍEZ, Benjamín: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Temis, Bogotá, 1974, p. 305.

[118] MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 501.

cia, porque así se desquiciaría la autonomía conceptual de que goza para la apreciación racional de determinadas pruebas, convirtiendo injustificadamente el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia [119]. Las simples discrepancias de valoración probatoria, dentro de las estipulaciones de la norma que regula la prueba, no son suficientes para configurar esa causal. ¡No se puede invadir el fuero interno de los jueces de instancia en cuanto concierne a la formación de su convencimiento respecto del hecho debatido! [120].

Por su parte, esquematizando sus puntos de vista sobre el particular, las materias que, a juicio de Enrique BACIGALUPO [121], pueden ser motivo de control en la casación respecto de la prueba de los hechos son:

**1.** Cuando el Tribunal infringió la prohibición de valorar ciertas pruebas, ya sea por: **a)** haber sido ilegalmente obtenidas; o, **b)** no haber sido producidas en el juicio oral y, por lo tanto, obtenidas con vulneración de los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción.

**2.** Cuando el Tribunal ponderó la prueba infringiendo la "interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos porque su razonamiento choca con las reglas de la lógica o con la experiencia, o porque se apartó infundadamente de los conocimientos científicos.

**3.** Cuando el Tribunal infringió el principio "*in dubio pro reo*" pues teniendo dudas condenó, en lugar de absolver.

Estos planteamientos son aplicables a nuestra legislación, en resguardo del principio de inmediación propio del tribunal de instancia y en garantía de la función casatoria atribuida al Supremo Tribunal. No se trata, entonces, de que la Sala Penal Suprema reemplace la apreciación del Superior Tribunal por la suya propia, sino de advertir errores de hecho, relevantes o manifiestos, que tengan incidencia en la aplicación del derecho sustantivo.

---

[119] IRAGORRI DÍEZ: *Instituciones de Derecho procesal penal*, cit., pp. 301–302.

[120] Casación Penal de 10 de febrero de 1967 de la Corte Suprema de Colombia.

[121] BACIGALUPO, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 71.

## V. PROCEDIMIENTO RECURSAL

### 1. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

El recurso de casación se presenta ante la Sala Penal Superior que expidió la resolución de vista cuestionada. El tiempo del recurso es de 10 días hábiles de notificada la resolución que pretende impugnarse, a tenor del art. 351º del Código de 1991. Empero, el art. 345º de dicho Código menciona, contradictoriamente, un plazo de 3 días. Esta contradicción, sin duda alguna por un descuido del legislador, debe resolverse en favor del recurso, en cuya virtud debe entenderse que el plazo es de 10 días.

En cuanto al lugar de interposición, el art. 351º prescribe que se hará ante la Sala Penal Superior que emitió la decisión cuestionada. Este órgano jurisdiccional debe apreciar las condiciones de admisibilidad del recurso, esto es, si el recurso se presentó en tiempo hábil, contra una de las resoluciones señaladas por el art. 350º del Código que son las únicas que pueden recurrirse en casación y si se presentó por escrito con autorización de abogado defensor, siendo este último requisito uno de forma imprescindible.

El recurso de casación, además, debe fundamentarse en debida forma. El art. 352º señala que el recurso se tendrá por fundamentado cuando se expresa, de manera clara y precisa, los agravios jurídicos y fácticos que contiene la resolución impugnada, indicando necesariamente el inciso o los incisos de los arts. 347º y 348º en que se sustenta. Resulta obvio que otro requisito de fondo, conjuntamente con la fundamentación del recurso, estriba en que –como señala el art. 388º.1 del Código Procesal Civil– el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando ésta fuera confirmada por la resolución objeto del recurso. Por la propia naturaleza del recurso de casación, la motivación es un requisito de fondo que condiciona el juicio de procedencia del mismo. No es posible, como precisa el art. 334º, segundo párrafo, del Código de 1991, permitir que la fundamentación pueda hacerse posteriormente, habida cuenta inclusive que no existe un trámite de traslado obligatorio en el curso del procedimiento recursal. Si esta motivación falta, la Sala Penal Superior deberá declararlo improcedente. Además, como reza el art. 392º del Código Procesal Civil, la Sala Suprema puede declararlo improcedente, con la consiguiente declaratoria de insubsistencia del concesorio, antes de la vista de la causa.

## 2. TRAMITACIÓN DEL RECURSO

Concedido el recurso por la Sala Penal Superior, está obligada a elevarlo, bajo responsabilidad, a la Sala Penal Suprema dentro de diez días hábiles, con los autos respectivos (art. 353º). Ingresado el proceso a la Sala Penal Suprema, inmediatamente lo remitirá para dictamen de la Fiscalía Suprema en lo Penal, la cual debe pronunciarse dentro del plazo de 15 días (art. 355º).

Durante ese lapso, las partes pueden señalar domicilio procesal y designar abogado para los informes que correspondan (art. 354º). Su actividad procesal se limita a la facultad de presentar informes escritos y un solo informe oral durante la vista de la causa (art. 394º, primer párrafo, del Código Procesal Civil).

Devueltos los autos por el Ministerio Público, que debe dictaminar en todos los casos por imperio del art. 355º del Código de 1991 al ser un paso obligatorio del procedimiento recursal casatorio, con lo que se abroga las limitaciones establecidas en el art. 83º de la LOMP, la Sala Suprema debe designar día y hora para la vista de la causa en audiencia pública en las condiciones previstas en el art. 131º del TUO de la LOPJ. En la vista de la causa, el letrado que pidió el uso de la palabra puede informar oralmente. El plazo para que la Sala emita sentencia no está específicamente contemplado en la Sección III del Capítulo II del Título IV del Código Procesal Penal, aunque el art. 334º, que regula el régimen general de los recursos, precisa que la resolución se dictará en el plazo de 3 días si se trata de reo en cárcel y de cinco días en los demás casos. Este plazo, sin duda alguna, es irrisorio y no ha tomado en cuenta las especiales características de la casación (el Código Procesal Civil reconoce un plazo de 50 días, art. 395º), por lo que habría que acudir a lo prescrito en el cuarto párrafo del art. 131º del TUO de la LOPJ que fija dicho plazo en tres meses calendario. El Proyecto de Código de 1995 fija como plazo 5 días si se trata de reo en cárcel y 10 días si se trata de reo libre (arts. 400º y 404º).

## 3. SENTENCIA CASATORIA

La sentencia casatoria tiene una estructura especial. Como tal, y en armonía con lo dispuesto en el art. 122º del Código Procesal Civil, contiene cuatro partes. En *primer lugar*, el encabezamiento, donde se expresará la fecha de la misma, el delito objeto del proceso penal, la identidad

de las partes que intervienen en el recurso y la precisión del objeto del recurso y el nombre del Magistrado Ponente. En *segundo lugar*, los antecedentes de hecho y motivos de casación, vale decir, –de un lado– los hechos declarados probados en la resolución recurrida, en cuanto sean pertinentes, y la parte dispositiva de aquélla, y –de otro lado– las causales de casación alegados por los recurrentes. En *tercer lugar*, los fundamentos de derecho, esto es, el razonamiento jurídico, en relación correlativamente enumerada, de la resolución casatoria. En *cuarto lugar*, el fallo, que es la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de los puntos objeto del recurso de casación.

Si la sentencia estima el recurso de casación por quebrantamiento de forma o declara haber lugar a dicho recurso, además de declarar nula la sentencia impugnada dispondrá que los autos sean reenviados al juzgador que expidió la resolución casada para que dicte otra sin los vicios que dieron lugar a la nulidad, que es el caso de vicios por defecto de la sentencia. Sin embargo, y no obstante que no lo dice el art. 357º del Código de 1991, cuando se trate de vicios en el procedimiento, según el art. 396º.2.4 del Código Procesal Civil, declarará insubsistente lo actuado hasta el folio en que se cometió el vicio que determinó la sentencia casatoria, a fin de que el órgano jurisdiccional inferior proceda con arreglo a ley, teniendo la sentencia casatoria fuerza obligatoria para dicho órgano jurisdiccional. En cambio, si el vicio tiene que ver con un defecto de competencia, remitirá los autos a otra Sala Penal Superior, a fin de que sustancie u ordene sustanciar, hasta que termine el proceso, a partir del estado en que se incurrió en dicha causal.

Si la sentencia casatoria estima el recurso por infracción de ley, la Sala Penal Suprema anulará la resolución, estableciendo cuáles son las normas jurídicas para resolver la controversia, que deberá aplicar el juzgador de origen en la nueva resolución. En este caso el modelo de casación es siempre con reenvío al órgano jurisdiccional inferior, el cual está obligado a cumplir lo decidido por la Corte Suprema. Este modelo de casación, que siguió el esquema francés, fue desechado en el Proyecto de 1995 que más bien se afilió al esquema italiano de casación sin reenvío cuando se trataba de casación por infracción de ley. En este caso, dice el art. 399º, en la misma sentencia la Sala Penal Suprema se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate.

Un efecto de la sentencia casatoria es la cesación de la detención del proceso, a cargo de la propia Sala Penal Suprema, cuando se case la sentencia de instancia y como consecuencia de dicha nulidad corresponda dejar sin efecto la privación de libertad del imputado (art. 360º).

Siguiendo los modelos español, argentino e italiano, el Proyecto de Código de 1995 ha incorporado dos instituciones muy importantes: **a)** el *certiorari* (modelos argentino y español; y, **b)** las nulidades parciales (modelo italiano). En el primer caso, señala el art. 397º, que se rechazará de plano el recurso de casación cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubiesen desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio jurisprudencial ya establecido, en cuanto criterios que denotan la introducción de un factor nuevo en los poderes de conocimiento del Tribunal Supremo: que las cuestiones en debate tengan sustancialidad propia y sean trascendentes. Señalamos en la Exposición de Motivos que dicha institución dota al máximo tribunal de un poder subjetivo de selección de causas y busca agilizar el trabajo del Supremo Tribunal permitiéndole rechazar recursos que cumplen requisitos de admisibilidad y procedencia, pero que debido a lo insustancial de la cuestión o a su falta de trascendencia no merecen ser de conocimiento por él, evitando de este modo gastos de tiempo y energías que se deben utilizar para ventilar las causas que verdaderamente sean importantes [122].

En el segundo caso se incorpora la concepción de *nulidades parciales*, en cuya virtud si un motivo de nulidad o de casación, estimado por el Supremo Tribunal, no afecta a otros coimputados o extremos de la sentencia recurrida, éstos adquieren la calidad de cosa juzgada y, por ende, no se verán comprometidos por la declaración de nulidad del fallo impugnado, de modo que el tribunal de instancia se limitará a pronunciarse solamente por el extremo que fue estimado por el Supremo Tribunal. Si un vicio procesal sólo afecta el ámbito jurídico de un imputado y no de los demás, la nulidad sólo tendrá efectos respecto del perjudicado con el vicio estimado y no podrá afectar a quienes se encuentran al margen de él; igualmente, si un motivo de fondo se circunscribe a un impu-

[122] *El Peruano* (Separata Especial), Lima, 6 de abril de 1995, p. 5.

tado o a un extremo diferenciable del fallo, los efectos de que se case el fallo de instancia no pueden extenderse a terceros ajenos al vicio *in iudicando* estimado en la sentencia casatoria.

Sobre este último tema, es de tener presente que la jurisprudencia nacional tradicionalmente era opuesta a la *nulidad parcial* del fallo de instancia. En una decisión, en este caso con absoluta razón, el Supremo Tribunal señaló que "... la sentencia, por el principio de unidad, es una resolución integral del proceso y pone fin a la instancia, por lo que no puede ser declarada nula en parte sin que esto afecte a su totalidad ..." [123]. Es de aprobar esta resolución sólo en cuanto a que en ella el Tribunal de Apelación anuló el fallo de primera instancia sólo en el extremo que absolvió a la acusada por el delito de hurto y lo confirmó en la parte que se la condenó por el delito de usurpación, desde que no es posible dejar pendiente la situación jurídica de un acusado cuando está sujeto a cargos por varios delitos; la evaluación judicial, respecto de dicho acusado debe ser, en efecto, integral, no siendo posible que se deje en suspenso un cargo y se apruebe otro que inclusive ha merecido una pena.

No obstante ello, la Corte Suprema evolucionó su doctrina hasta aceptar la *nulidad parcial* en los procedimientos complejos seguidos contra varios acusados, siempre y cuando en el primer fallo se resuelva en su totalidad la situación jurídica de uno o varios imputados, dejando para un segundo fallo la decisión de la situación jurídica de otros imputados. En tres decisiones dictadas en el año 1996 aceptó fraccionar el fallo de instancia y anular una parte del mismo, cuando éste contiene deficiencias en la apreciación fáctica o jurídica respecto de unos imputados pero no de otros, reconociendo la necesidad de afectar el principio de unidad de juzgamiento al amparo de los principios de economía procesal y celeridad procesal, así como del derecho del imputado a que resuelva su situación jurídica oportunamente, el mismo que no puede perjudicarse por quienes no han tenido el mismo tratamiento [124].

---

[123] Ejecutoria suprema de 28 de octubre de 1991, Exp. Nº 1299–91–ISP, Lima (*Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 212–213).

[124] Ejecutorias supremas de 16 de febrero de 1996, Exp. Nº 3633–95, Lima; de 10 de mayo de 1996, Exp. Nª 710–96–B, Ayacucho (*Normas Legales*, T. 253, junio, 1997, pp. A40–A42); y de 12 de agosto de 1996, Exp. Nº 2535–96, La Libertad (*Normas Legales*, T. 265, junio, 1998, pp. A16–A18).

Es de destacar que en una decisión anterior, sin embargo, el Supremo Tribunal precisó que "... tal definición en modo alguno afecta al principio de la unidad del proceso, por cuanto la situación jurídica de quienes han sido pasibles de una resolución justa debe determinarse en forma oportuna en atención a los principios de economía procesal y celeridad en la Administración de Justicia ..." [125]. Llama la atención, empero, que en otra decisión de la misma fecha reconozca la implicancia de la *nulidad parcial* con el principio de unidad del proceso, aunque exprese que "... no es menos cierto que la justicia debe ser pronta y oportuna, al existir en el proceso otros imputados que con arreglo a ley han sido pasibles de una sentencia absolutoria, los que no pueden perjudicarse por quien no ha tenido un tratamiento conforme a ley" [126].

Todas estas decisiones, en sus conclusiones y más allá de algunas contradicciones en su fundamentación, merecen una aprobación relativa, sin embargo debieron fundamentarse en la naturaleza del fallo de instancia una vez que el Superior, respecto del motivo de impugnación, considera que no se han producido defectos de enjuiciamiento o de ineficacia de la resolución. La ruptura de la unidad procesal, no obstante ello, no podrá acordarse cuando importe un menoscabo al derecho de defensa de quien resulte vuelto a llamar a juicio y su situación jurídica requiera ser dilucidada necesariamente en contraste con la de su coimputado, es decir, cuando existan posiciones defensivas contradictorias, mutuas incriminaciones o pruebas que los liga o comprende obligatoriamente a más de un imputado.

[125] Ejecutoria suprema de 29 de diciembre de 1995, Exp. Nº 2503–95, Lima (*Normas Legales*, T. 251, abril, 1997, pp. A26–A30).

[126] Ejecutoria suprema de 29 de diciembre de 1995, Exp. Nº 3925–96.

# CAPÍTULO XXXIII
# EL RECURSO DE NULIDAD

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. Características del recurso. III. La Ejecutoria suprema: 1. Votos necesarios para que exista resolución. 2. Nulidad de actuados. Sentencia anulatoria. 3. Sentencia suprema de mérito.

## I. ASPECTOS GENERALES

El Código de 1940, siguiendo a su precedente de 1920, no aceptó incorporar el recurso de casación. Mas bien insistió en el recurso de nulidad. GARCÍA RADA señala que se trata de un medio de impugnación suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efecto de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión superior. Precisa, además, que es un recurso que tiene un doble carácter: de casación e instancia, y persigue promover y procurar un nuevo examen de la sentencia de la Sala Penal Superior, tanto desde el punto de vista de la forma como del fondo [127].

Si bien su origen, como enseña ALZAMORA VALDEZ, se encuentra en la "*querela nulitatis*" del derecho medioeval, en nuestro ordenamiento procesal ha devenido en un recurso que no es extraordinario ni de nulidad –en sentido estricto– puesto que procede para todos los casos del art. 1127º del Código de Procedimientos Civiles (art. 292º del Código de Procedimientos Penales) y no por vicios de nulidad únicamente sino en forma principal por vicios de fondo [128].

---

[127] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 329.

[128] ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1974, pp. 275–276.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de dicho Código se ponderaba la superioridad del recurso de nulidad, porque el de casación, que no puede dejar de funcionar en algunos casos, no permite la enmienda directa del error, con los graves perjuicios consiguientes y traería complicaciones de otro orden de aceptársela estricta y rigurosamente. A la vez señalaba que el régimen actual introdujo indirecta y restrictivamente el sistema de casación, pero que el recurso de nulidad ha dado los mejores resultados, por lo que es del caso darle mayor amplitud [129].

A la luz de la estricta regulación del recurso de nulidad, es del caso afirmar que se trata de un recurso ordinario que introduce una modalidad restringida de apelación. De esto modo coincidimos con Florencio MIXÁN MASS cuando precisa que el recurso de nulidad es un medio de impugnación de mayor jerarquía entre los *recursos ordinarios* que se ejercitan en el procedimiento penal peruano [130]. Asimismo, es de enfatizar que el recurso de nulidad en modo alguno asume el sistema de casación. La casación, como hemos visto, se circunscribe al análisis de infracciones de forma y de ley debidamente tasadas, sin que corresponda al Supremo Tribunal evaluar autónomamente la prueba actuada para sustituirla a la realizada por el tribunal de instancia. Como esta última característica es la que tiene el recurso de nulidad nacional, es de entender que su naturaleza jurídica es la propia de todo recurso de apelación, en cuya virtud se busca un fallo sustitutorio del de primera instancia. Por ello es que el art. 300º confiere al Supremo Tribunal atribuciones de modificación de la pena y el art. 301º le autoriza a absolver al injustamente condenado. En esta misma perspectiva, el modelo de apelación restrictivo se expresa, *primero*, en que no se puede ofrecer nueva prueba ni extender el objeto del proceso penal en sede suprema, y, *segundo*, en que no se puede condenar al absuelto (art. 301º).

## II. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO

El recurso de nulidad, según el art. 292º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, procede específicamente contra cuatro tipos de resoluciones judiciales:

[129] GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 584.

[130] MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Marsol, Trujillo, 1994, p. 511.

1. Contra las sentencias en los procesos ordinarios, es decir, contra las expedidas en primer grado por la Sala Penal Superior al finalizar el juicio oral;

2. Contra las sentencias que conceden condena condicional y contra los autos que revocan la condena condicional (por obvias razones debe comprenderse en aquellos supuestos las resoluciones que se pronuncian sobre la reserva de fallo condenatorio, que es una modalidad de reacción penal que al igual que la condena condicional evita la imposición de penas cortas privativas de la libertad);

3. Contra los autos que resuelven las excepciones y cuestiones previas o prejudiciales.

4. Contra los autos o resoluciones definitivas que extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia. La Corte Suprema ha establecido que no cabe recurso de nulidad contra las resoluciones que no pongan fin al procedimiento o a la instancia [131].

Se entiende que la procedencia del recurso de nulidad en los supuestos 2 al 4 está referida a las decisiones emitidas en los procesos ordinarios, toda vez que la Corte Suprema no tiene competencia para conocer de los procedimientos sumarios y de los procedimientos por delitos privados, salvo la sumaria investigación [132]. El inc. 6 del citado artículo menciona aquellos casos en que la ley confiere expresamente dicho recurso, tales como los autos que resuelvan la recusación de Vocales (art. 40º), las contiendas de competencia o declinatoria de jurisdicción (art. 28º), etc.

Un supuesto polémico se presente cuando se recurre del auto que declara la improcedencia del juicio oral, expedido en mérito a la decisión del Fiscal Supremo al amparo del inc. d) del art. 220º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388, de 3 de diciembre de 1985, que consideró que no había mérito para formular acusación. La Corte Suprema en una ocasión estimó que la opinión del Fiscal Supremo es meramen-

---

[131] Ejecutoria suprema de 10 de abril de 1991, Exp. Nº 750–90, Callao (*Normas Legales*, T. 209, octubre, 1993, pp. J20–J21).

[132] Ejecutorias supremas de 21 de setiembre de 1982 (*El Magistrado*, 2º Semestre, Lima, 1982, p. 189); de 27 de noviembre de 1972, Exp. Nº 1655–72, Cuzco (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 114–115); y, de 20 de julio de 1990, Exp. Nº 593–90, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 177–179).

te ilustrativa y no determina el acabamiento del proceso al no tener el Ministerio Público función decisoria en materia jurisdiccional [133]. En otra ocasión, sin embargo, señaló que como el Ministerio Público es el titular de la acción penal y la función persecutoria se encuentra al margen de la función jurisdiccional, en casos como el analizado cuando el Ministerio Público decide dar por terminado el ejercicio de la acción penal, no cabe al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre el fondo del asunto [134]. Desde esta última perspectiva, el Supremo Tribunal ha llegado a sostener que, inclusive, el recurso de nulidad contra el auto que declara no haber lugar a juicio oral y dispone el archivamiento del proceso, deviene inoperante, porque de ampararse importaría obligar al fiscal a formular acusación, contraviniéndose lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en la autonomía constitucional de la Fiscalía [135].

Según el art. 293º el recurso de nulidad no es suspensivo, salvo que se imponga pena de expatriación o de muerte. En el caso de la pena de expatriación, mientras se sustancia el recurso, el condenado quedará bajo vigilancia de la autoridad política (art. 331º *in fine*). El art. 330º incorpora al efecto suspensivo las penas de internamiento, relegación y penitenciaría, que traían aparejadas un aislamiento celular y la limitación de determinados derechos civiles. Empero, como esas penas no han sido reconocidas en el nuevo Código Penal, tal disposición ha quedado vacía de contenido. La pena de muerte, actualmente, es de imposible aplicación en el ordenamiento jurídico peruano, pues no hay tipo penal que la prevea y su extensión no es posible por imperio de la Convención Americana de Derechos Humanos. Si se trata de sentencia absolutoria, el recurso no impide la inmediata excarcelación del acusado, con arreglo al art. 319º.

El recurso de nulidad se interpone ante la Sala Penal Superior que emitió la resolución recurrida. El órgano jurisdiccional de instancia está facultado para denegarlo de plano si la impugnación se interpone con-

---

[133] Ejecutoria suprema de 11 de marzo de 1991, Exp. Nº 746–90, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 330–331).

[134] Ejecutoria suprema de 8 de setiembre de 1982, Exp. Nº 1885–80, Lima (BRAMONT ARIAS, Luis: *El Ministerio Público*, SP Editores, Lima, 1984, pp. 197–200).

[135] Ejecutoria suprema de 21 de mayo de 1981, San Martín (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 85–86).

tra resoluciones distintas a las taxativamente contempladas en la ley, fuera del plazo de ley o por personas no legitimadas o que no son parte en el juicio [136]. No hace falta la fundamentación del recurso. El plazo para interponer recurso de nulidad es de un día hábil de expedida y leída la sentencia o de notificada la decisión impugnada. Si se interpone recurso de nulidad en el acto del juicio oral, se hará en forma oral, pero si se hace fuera del acto oral y en todos los casos, la impugnación es por escrito.

Admitido el recurso de nulidad, para lo cual la Sala Penal Superior debe dictar la resolución correspondiente dando por interpuesto dicho recurso y citando la disposición legal en que se funda [137], es de rigor elevar los actuados inmediatamente a la Corte Suprema. Por otro lado, si se concede el recurso, éste luego no puede ser declarado desierto ni abandonado.

La Corte Suprema también ha estatuido que en nuestro ordenamiento procesal no se encuentra prevista la figura de la adhesión al recurso de nulidad [138]. En cambio, ha declarado que sí es posible el desistimiento [139].

En materia de admisión del recurso de nulidad, la Corte Suprema ha dejado sentado un principio esencial. Si se concede el recurso de nulidad, la Sala Penal Superior carece de facultad legal para ampliar o modificar la resolución materia del recurso, así como tramitar cualquier incidente penitenciario y anular su propia sentencia y todo lo actuado en el juicio oral, desde que en virtud del concesorio perdió jurisdicción [140].

---

[136] *Revista de los Tribunales*, 1934, Lima, p. 13.

[137] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1959, Lima, p. 462; *Anales Judiciales*, 1912, Llima, p. 334.

[138] Ejecutoria suprema de 13 de diciembre de 1978, Exp. Nº 2273–78, San Martín (*Anales Judiciales*, T. LXX, Lima, 1978, p. 364).

[139] Ejecutoria suprema de 9 de junio de 1992, Exp. Nº 539–92–A (*Normas Legales*, T. 219, agosto, 1994, p. J17).

[140] *El Peruano*, Lima, de 9 de febrero de 1946; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1977, Lima, p. 709.

## III. LA EJECUTORIA SUPREMA

### 1. VOTOS NECESARIOS PARA QUE EXISTA RESOLUCIÓN

La sentencia suprema, expedida al absolver el recurso de nulidad, requiere de cuatro votos conformes, a tenor del art. 296º del Código de 1940 y del art. 141º del TUO de la LOPJ. De no existir tal número de votos, en una Sala integrada de cinco Vocales, resulta discordia, en cuya virtud intervendrán sucesivamente tantos Vocales dirimentes como sean necesarios hasta formar resolución (art. 144º del TUO de la LOPJ).

### 2. NULIDAD DE ACTUADOS. SENTENCIA ANULATORIA

La sentencia suprema puede ser anulatoria. Ello procederá cuando la resolución recurrida incurre en las causales de nulidad previstas en el art. 298º, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126. Se trata de tres supuestos clásicos en materia de nulidad procesal:

1. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal, de por sí insubsanables. Ello significa, sin duda alguna, que se trate de causales de nulidad taxativamente previstas en la ley, de infracciones a las normas esenciales del procedimiento penal (audiencia, asistencia y defensa) y que, en lo esencial y en todos los casos, produzca efectiva indefensión a las partes.

2. Cuando en la resolución recurrida se dictó pese a la incompetencia de la Sala Penal Superior. Se entiende que se trata de incompetencia objetiva o funcional, en la que se incluye, obviamente, la competencia material.

3. Cuando: a) se ha condenado por un delito que no fue materia de la instrucción o del juicio oral (lo que en virtud de los principios acusatorio y de oficialidad debe encontrarse plasmado en la acusación fiscal y no en otro acto procesal, por cuanto dicho acto procesal de parte es el que introduce la pretensión penal); o, b) se ha omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia (es de entender, en armonía con las disposiciones de la LOMP, que se trata *de la denuncia formalizada del Fiscal*, no de la *notitia criminis* del denunciante), de la instrucción (supuesto que carece de entidad procesal al corresponder al Ministerio Público la persecución del delito, de suerte que si el Fiscal no insta la

apertura del auto de apertura de instrucción, tal omisión no es de cargo del Juez y, por consiguiente, no produce nulidad de actuados) o de la acusación. Se trata, como hemos visto, de los supuestos de falta de correlación y de incongruencia omisiva o "fallo corto".

En estos supuestos, como reza el art. 299º, la Corte Suprema, cualquiera que sea la parte que interponga el recurso o la materia que lo determine, tiene facultad para anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo u otro Juez Penal, o declarar sólo la nulidad de la sentencia y señalar el Tribunal que ha de repetir el juicio. Esta facultad se justifica en la medida en que el procedimiento penal debe desarrollarse cumpliendo las reglas básicas que garanticen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139º.3 de la Constitución), por lo que independientemente de la pretensión impugnatoria el órgano jurisdiccional suprema debe cuidar que los actos procesales que forman el procedimiento penal sean eficaces, sin que a ello obste la voluntad de las partes.

La nulidad no se declarará tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanadas o que no afecten el sentido de la resolución (principio de conservación de los actos procesales). Obviamente no cabe subsanación de nulidades absolutas, cuando exista manifiesta falta de competencia del tribunal de instancia, cuando se realicen actos procesales bajo violencia o intimidación o cuando se prescinde de modo grave de las normas esenciales del procedimiento o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido efectiva indefensión.

Por otro lado, cuando exista incongruencia omisiva, la Corte Suprema puede subsanar, en lo incidental o subsidiario, los fallos o resoluciones judiciales, para lo cual completarán o integrarán éstas, que es el caso, por ejemplo, de la omisión de imposición de las penas accesorias, de algunas penas conjuntas, de la determinación de la multa, del período de prueba, del concepto íntegro de la reparación civil, aunque es del caso atender a los problemas que ello acarrea al principio de la interdicción de la reforma peyorativa.

En caso se anule el proceso, se retrotraerá el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio, sin perjuicio de que subsistan los elementos probatorios no afectados por aquél. Si se declara la nulidad del juicio oral, éste se reabrirá solamente

para la subsanación de los vicios u omisiones que lo motivaron o para la complementación o ampliación de las pruebas o diligencias que correspondan.

La Corte Suprema, invocando el art. 299º del Código de 1940, desde siempre ha considerado que cuando, a su juicio, la investigación judicial no se encuentra agotada, faltan diligencias o actos de prueba necesarios para decidir sobre el fondo del asunto o cuando la investigación judicial es deficiente, es del caso anular la sentencia recurrida y todo el juicio oral, incluyendo los actuados de la etapa intermedia, a la vez que mandar ampliar la instrucción. Así lo tiene decidido, entre muchísimas resoluciones, las de 18 de marzo de 1982 [141] y la de 5 de setiembre de 1979 [142]. En la Ejecutoria suprema de 24 de mayo de 1993, precisó que si el objetivo de la instrucción, consistente en reunir las pruebas de la realización del delito, las circunstancias en que se perpetró y la distinta participación de sus autores y cómplices, no se ha logrado pese a haberse emitido sentencia debe anularse el fallo y conceder al juez un plazo ampliatorio para la investigación [143].

Ahora bien, el art. 299º del Código de 1940 sólo autoriza a la Corte Suprema a anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo u otro juez cuando media una de las causales de nulidad o de ineficacia procesal señaladas en el art. 298º. Desde esta perspectiva resultará adecuado anular el proceso y rehacerlo si se omitió procesar un delito que aparece de la denuncia formalizada del fiscal o de una ampliatoria suya (inc. 3), o si no se actuó una diligencia admitida a trámite o si ilegalmente se desestimó, o si se actuó indebidamente violándose normas de procedimiento o garantías y derechos de las partes (inc. 1).

Empero, no tiene ningún fundamento, ahora que la justicia es persecutoria y que el Fiscal es el titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba (art. 159º, incs. 4 y 5, de la Constitución y numerales 11º y 14º de la Ley Orgánica del Ministerio Público), que el órgano jurisdiccional asuma la responsabilidad, ¡y se imponga de oficio su con-

[141] Exp. Nº 195–82, Ayacucho.

[142] Exp. Nº 1904–79, La libertad.

[143] Exp. Nº 585–93, Lima.

trol!, de la cantidad y calidad de información con que se recaude la causa y pase a juicio oral. Corresponde a la etapa intermedia establecer si la causa debe pasar a su enjuiciamiento, para lo cual el Fiscal tiene la posición principal, pero existiendo acusación y afirmado el principio de aportación de partes, resulta perturbador que el órgano judicial suprema, e inclusive de Alzada, asuma una función activa y de compromiso con el material probatorio. Es de recordar que es de responsabilidad del Ministerio Público aportar las evidencias necesarias para enervar la presunción de inocencia, mientras que el órgano jurisdiccional sólo es responsable de la justicia que imparte en orden al material de hecho aportado por las partes.

De lo expuesto resulta muy interesante la Ejecutoria suprema de 16 de abril de 1945, que mandó ampliar la instrucción bajo el argumento de las graves infracciones legales cometidas en la instrucción: informe pericial realizado por peritos impedidos por incompetencia e incompatibilidad y omisión de actuación de pruebas importantes [144]. Obviamente, puede aceptarse el cuestionamiento y la nulidad por una prueba viciada de nulidad, cuyo "rehacimiento" puede efectuarse en el marco del juicio oral, empero por lo anotado en el párrafo anterior, es censurable en su propia configuración jurídica. En esta decisión existe un voto singular del Señor Vocal Supremo, Dr. Frisancho, sin duda alguna de mejor factura. En él se sostiene que la etapa intermedia sirve para enmendar errores cometidos en la etapa de instrucción, que cuando la Corte Suprema conoce de una sentencia absolutoria sólo puede anularla en los casos taxativamente enumerados en la ley, y que cuando el Código faculta a ordenar nueva instrucción, ésta no es ni puede ser otra que la que se abra contra persona no comprendida en la acusación o bien la que tiene por materia delito distinto del que motivó el proceso, como lo define el art. 265º del indicado Código.

### 3. SENTENCIA SUPREMA DE MÉRITO

Si la Corte Suprema, independiente en este caso del pedido concreto de las partes, no encuentra vicios procesales (defectos de la sentencia o vicios en el procedimiento), está autorizada a pronunciarse sobre el

[144] RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 75–78.

mérito de la sentencia recurrida, a cuyo efecto realizará una evaluación del material de hecho o probatorio y de los fundamentos jurídicos del fallo de la Sala Penal Superior, sustituyendo las valoraciones del tribunal de primera instancia por las suyas propias, que es precisamente la característica más clara de lo que significa una apelación. A partir de este análisis, tiene las siguientes facultades de mérito:

**1.** Puede modificar la pena de uno o más de los condenados, cuando se haya aplicado al delito objeto de condena una sanción que no le corresponde, sea por su naturaleza o por las circunstancias de su comisión (arts. 45º y 46º del Código Penal). Se requerirá unanimidad de votos para imponer como pena modificatoria la de cadena perpetua. Es de puntualizar que el originario art. 300º del Código de 1940, en relación al Código Penal de 1924, mencionaba la pena de privación de libertad más grave, el internamiento, por lo que, en relación al Código Penal vigente de 1991 debe entenderse que la unanimidad corresponde a la pena más grave, que es la de cadena perpetua: art. 29º, modificado por la Ley Nº 26360).

**2.** Puede anular la sentencia recurrida y absolver al condenado, cuando no considera fundada la sentencia condenatoria o resulta que la acción penal ha prescrito o que existe cosa juzgada así el condenado no haya opuesto ninguna de ambas excepciones.

**3.** Puede, en caso no considere fundada la sentencia absolutoria, anularla y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral. Ya hemos señalado que la imposibilidad de condenar al absuelto se basa, a juicio de la Exposición de Motivos de dicho Código, en la ausencia de inmediación. MIXÁN MASS expresa que en el fondo de dicha prohibición subyace el temor de que la Corte Suprema incurra en un grave error de apreciación que ponga en peligro la inocencia de muchos procesados, pues, los supremos no han visto ni han oído al procesado, no han vivido las incidencias, el cúmulo de impresiones, habidos en el juicio oral y condenando en forma fría, sólo en mérito de los actuados, a quien había sido absuelto podrían cometer, en muchos casos, una injusticia [145]. Tal posición, sin embargo, no extiende su crítica a la posibilidad de aumentar la pena, tanto más si la determinación de la misma requiere igualmente de la inmediación y apreciar la culpabilidad por el hecho.

[145] MIXÁN MASS: *El juicio oral*, cit., pp. 561–562.

El tema central en debate es si los arts. 300º y 301º del Código de 1940 no toman en cuenta qué parte ha recurrido y cuál es la materia del recurso, así como si el recurso de nulidad tiene efectos extensivos, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, aun para los no impugnantes. La Corte Suprema, asumiendo una concepción inquisitiva del recurso –como medio de control del superior al inferior y no como derecho de los justiciables–, ha entendido que tiene facultad para revisar la sentencia, cualquiera que sea la parte que interponga el recurso de nulidad; que puede variar libremente la calificación del delito; que no está sometida al principio de la interdicción de la reforma peyorativa y que puede conocer de extremos del fallo que no han sido objeto del recurso, comprendiendo inclusive a quienes no han recurrido, mejorando o agravando su situación jurídica. GARCÍA RADA llega a decir que "la amplitud de la potestad jurisdiccional de la Corte Suprema es irrestricta. Tiene una sola limitación: la de no poder condenar a quien ha sido absuelto por un tribunal" (146).

El Supremo Tribunal, bajo esa óptica, en una decisión señaló lo siguiente: "... habiéndose concedido el recurso de nulidad contra la sentencia, este Supremo Tribunal tiene competencia para conocer el íntegro de la resolución impugnada, pues en materia penal no hay impedimento para modificarla pena aún cuando este aspecto de la resolución no haya sido cuestionado" (147). En otra decisión estipuló que "... la circunstancia de que el acusado no interponga recurso de nulidad, no obsta para que el Tribunal Supremo examine y resuelva su condición jurídica" (148).

Considero, sin embargo, que esa opción jurídica es profundamente errónea y tiene efectos devastadores en el proceso penal, que a la luz de la Constitución exige una redefinición hermenéutica y jurisprudencial. El art. 299º de 1940 es el único que permite al Tribunal Supremo, en atención a lo que significa eficacia de los actos procesales en el procedimiento penal, no tomar en cuenta la parte que interpuso el recurso y la materia del mismo. El propio art. 299º del citado Código reconoce que en el recurso de nulidad hay una parte que lo interpone y que éste se

(146) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 340.

(147) Ejecutoria suprema de 14 de abril de 1998, Exp. Nº 38–98–B, Lima.

(148) Exp. Nº 2511–79, Lima.

circunscribe a una materia determinada, que lógicamente está configurada por el recurrente, es decir, que existe una concreta pretensión impugnatoria que delimita el pronunciamiento de la Sala Penal Suprema y que, como excepción a la regla, expresamente reconoce su no aplicación tratándose de nulidades procesales insubsanables.

En virtud de lo expuesto, es que debe interpretarse que fuera de los casos de vicios de procedimiento, cuando la Corte Suprema ha de pronunciarse sobre el mérito del fallo de la Corte Superior debe tomar en cuenta la pretensión impugnatoria, esto es, la parte que interpone el recurso y la materia que lo determine. El vocablo "también", con el que empieza la redacción del art. 300º, hace mención a las facultades generales de la Corte Suprema en materia de fondo, pero éstas como es obvio deben amoldarse o adaptarse a la concreta pretensión impugnatoria del recurrente. En tal virtud, la sentencia suprema no puede comprender a personas no incluidas en el recurso ni agravar la situación jurídica del impugnante si sólo viene interpuesto por su parte, salvo en lo favorable en atención al principio de favorabilidad. Estas consecuencias no sólo constituyen la plasmación de principios procesales, sino que envuelven la aplicación directa de normas constitucionales que garantizan el debido proceso, el derecho a la tutela judicial y la proscripción de la indefensión (art. 139º, incs. 3 y 14 de la Ley Fundamental). Por lo demás, el art. 370º del Código Procesal Civil, que se extiende a todos los recursos y procedimientos judiciales, ha contemplado expresamente el principio de la interdicción de la *reformatio in peius*.

# CAPÍTULO XXXIV
# LA ACCIÓN DE REVISIÓN

SUMARIO: **I.** Aspectos generales. **II.** Legitimación y competencia. **III.** El objeto impugnable. **IV.** Motivos de revisión: 1. Introducción. 2. Primer motivo. 3. Segundo motivo. 4. Tercer motivo. 5. Cuarto motivo. 6. Otros motivos. **V.** El procedimiento de revisión.

## I. ASPECTOS GENERALES

Los Códigos de 1940 y 1991 denominan "recurso" a la revisión, mientras que el Proyecto de 1995 la denomina "acción". En rigor, como apunta TOMÉ GARCÍA, la revisión constituye un medio de ataque a la cosa juzgada que se fundamenta en razones de justicia [149]. No es posible denominarla *recurso* porque no trata de impugnar decisiones o resoluciones con aspiración de conseguir dentro del proceso un nuevo estudio y un nuevo fallo de la cuestión debatida, para lo que sería preciso que no se hallare definitivamente resuelta, sino atacar las sentencias firmes haciéndoles perder este carácter [150]. En tanto con la revisión se persigue rescindir sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada, no puede menos que calificarla de excepcional y de acción impugnatoria independiente o proceso autónomo, que, por tanto, está sometido en su iniciación y desarrollo a la concurrencia de determinados presupuestos, requisitos y condiciones característicos y privativos de todo proceso.

---

[149] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 587.

[150] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, p. 324.

Siguiendo a ALMAGRO NOSETE diremos que la revisión es un proceso autónomo y medio extraordinario o excepcional de impugnación contra sentencias firmes de condena –según los términos del Código de 1940 y del Proyecto de 1995– que sólo procede por causas tasadas, circunscritas a casos determinados de conocimiento sobrevenido sobre hechos o pruebas que se utilizaron en el juicio, o sobre nuevos hechos o meros elementos de prueba, con el fin de evitar la grave injusticia de la resolución impugnada, mediante su anulación o rescisión con los consiguientes efectos, en su caso, de apertura de otro enjuiciamiento [151].

FENECH enfatiza que la revisión tiene las siguientes notas características que la diferencian de los recursos. En *primer término,* la revisión se interpone después de transcurrido el plazo normal concedido para la interposición de los recursos. En *segundo término,* el recurso se interpone por la parte que ha sufrido un gravamen con la resolución cuyo nuevo examen se pretende, mientras que la revisión puede solicitarse no sólo por el condenado, sino por sus parientes, que no han sido parte. En *tercer término,* el recurso tiende a provocar un nuevo examen de la resolución dentro del mismo proceso en que se dictó, mientras que en la revisión ello no es posible porque el proceso declarativo ya acabó y sólo existe el proceso ejecutivo. En *cuarto término,* la eficacia del recurso depende de que la decisión impugnada adolezca de vicios en relación con una determinada situación fáctica o con una norma jurídica, en ambos casos necesariamente anterior a la resolución recurrida; mientras que en la revisión los vicios denunciados han de ponerse de relieve en relación con situaciones de hecho producidas o conocidas con posterioridad a la sentencia, no siendo procedente la revisión por vicios o errores de tipo jurídico de la sentencia. En *quinto término,* la impugnabilidad de las resoluciones no está en función con el contenido o tenor material del fallo, puede ser condenatoria o absolutoria; la revisión, en cambio, y de modo general, sólo procede contra sentencias condenatorias. En *sexto término,* en el recurso, de ampararse, no se indemniza a la parte vencedora, sin embargo en la revisión, si finalmente se absuelve al reo, se le indemniza y, de ser el caso, hasta a sus herederos [152].

---

[151] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal,* cit., p. 600.

[152] FENECH: *Derecho procesal penal,* cit., pp. 559–560.

La existencia de la revisión, como apunta RAMOS MÉNDEZ [153], siguiendo la jurisprudencia constitucional española (STC 124/1984, de 18 de diciembre), supone romper una lanza en favor de la justicia frente a la alternativa del valor seguridad proporcionado por el efecto, al menos aparente, de cosa juzgada. La existencia de la revisión, se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, en tanto valor superior que propugna el Estado social y democrático de Derecho (art. 44º Const.). Tal exigencia de justicia se halla estrechamente vinculada a la dignidad humana (art. 1º Const.) y a la presunción de inocencia (art. 2º.24.'e' Const.), por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la Sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad.

La labor del Tribunal de Revisión, a la luz de lo expuesto, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ, no es determinar si existe o no alguna causa o motivo que invalide la sentencia sino sólo y exclusivamente si, a la vista, fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta [154]. Su finalidad se dirige a hacer prevalecer frente a los efectos de una sentencia o resolución firme sustentada en una verdad formal y legal, la auténtica y plena verdad material, real y extraprocesal.

En tanto se trata de un medio de revocación de sentencias firmes, la revisión ha de basarse por fuerza, como puntualiza GÓMEZ ORBANEJA, en *otros* hechos o elementos de prueba –distintos del material de conocimiento apreciado por el juez–, que éste hubiera podido tal vez conocer, pero que no conoció; y esos datos han de ser tales que, de haber constado en la causa, el resultado habría sido distinto [155]. Esto último permite considerar como atípico y errático, aunque justificado por las circunstancias, el motivo de revisión incorporado por la Ley Nº 26248, de 25 de noviembre de 1993, para el caso de los delitos con propósito terrorista, en cuya virtud no se pide la acreditación de hechos falsos o la presentación de nuevos elementos de prueba, sino una nueva evaluación de los elementos de prueba recogidos durante el proceso, lo que lo asemeja el recurso de casación de fondo (*error facti*).

---

[153] RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., pp. 444–445.

[154] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 692.

[155] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 315.

## II. LEGITIMACIÓN Y COMPETENCIA

El art. 362º del Código de 1941, modificado por el Decreto Ley Nº 18236, en concordancia con el art. 82º.1 de la LOMP, dispone que la revisión puede ser interpuesta por el acusado –el art. 364º del Código de 1991, menciona, con mejor técnica, al condenado–. También puede interponerla los parientes del condenado hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como su cónyuge, su tutor, padre o hijo adoptivo. La LOMP consideró expresamente al Fiscal Supremo en lo Penal como funcionario del Ministerio Público legitimado para promover la revisión, con lo que, acota CLARIÁ OLMEDO, se ratifica en primer término la regla de que la Fiscalía tiene la facultad de impugnar aun en favor del imputado, así como, en segundo término, el criterio de orden público que gobierna esta impugnación excepcional imponiendo al órgano promotor de la justicia su formulación cuando se den las circunstancias del caso [156].

En materia de impugnación subjetiva, la Ley Nº 18236 confirió legitimidad para interponer revisión a los Vocales de la propia Corte Suprema, lo que se justificó en la medida que en el año 1970 se eliminaron los Fiscales ante la Corte Suprema. Empero, al haber sido restituido el Ministerio Público ante la Corte Suprema con motivo del Decreto Legislativo Nº 52, que expresamente autorizó al Fiscal Supremo en lo Penal a promover la revisión, debe entenderse, conforme acota GARCÍA RADA, que dicha norma ha sido abrogada [157]. Además, resulta un contrasentido que la facultad de impugnación se la concedan a los jueces, cuya función es decisoria y no requiriente.

En relación al condenado y sus parientes, éstos, y por su orden, sólo podrán interponer revisión en la medida en que el condenado haya fallecido o esté ausente con presunción de fallecimiento; no podrán hacerlo en cualquier oportunidad. Esta opción, propia de los Códigos modernos, al decir de CLARIÁ OLMEDO tiende a evitar conflictos entre el condenado y los miembros de su familia [158]. Por otro lado, es proceden-

---

[156] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, pp. 563–564.

[157] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 325.

[158] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 564.

te la revisión póstuma, es decir, aquella interpuesta luego de muerto el condenado, que tendrá como finalidad rehabilitar su memoria (arts. 363º del Código de 1940 y 365º del Código de 1991).

La competencia de la revisión está a cargo de la Corte Suprema. Los arts. 16º y 364º del Código de 1940 la radican en la Sala Plena, que en esta ocasión no realiza funciones de gobierno sino jurisdiccionales. En cambio, el art. 366º del Código de 1991 la reside en la Sala Penal de la Corte Suprema.

## III. EL OBJETO IMPUGNABLE

En *primer lugar*, sólo son revisables las sentencias, esto es, una decisión sobre el fondo con carácter de definitiva. No es necesario que se trate de una sentencia dictada por el tribunal de último grado, no requiriéndose el agotamiento de las instancias ordinarias y extraordinarias. En *segundo lugar*, las sentencias, además, deben ser firmes, es decir, haber pasado a la autoridad de cosa juzgada.

En *tercer lugar*, un tema de discusión es si sólo cabe revisión contra las sentencias condenatorias o si también es posible extenderla a las absolutorias. El Código de 1940 y el Proyecto de 1995 sólo la admite para las sentencias condenatorias firmes (consagran del modo más pleno el *favor defensionis*), mientras que el Código de 1991, siguiendo la pauta germana, la extiende a las sentencias absolutorias. Al respecto, GÓMEZ ORBANEJA señala que si se autorizase la revisión de las sentencias absolutorias por los mismos motivos que procede en caso de condena, la institución de la cosa juzgada desaparecería del campo penal; que, llegado un determinado momento, lo declarado en la sentencia valga para el futuro inderogablemente, con independencia de su verdad, es una necesidad empírica, exigida por la seguridad jurídica, y que no puede desconocerse sin inconvenientes mayores de los que puedan resultar de su realización [159]. En esta misma línea CORTÉS DOMÍNGUEZ explica que permitir la revisión de las absoluciones sumirían a la Administración de Justicia en un enorme descrédito propiciando una inseguridad en sí mismo injusta, no siendo comparable el daño que sufre la sociedad al

[159] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 317.

condenar a alguien inocente, máxime si es una situación irreversible, que el que puede sufrir observando cómo personas culpables han obtenido sentencias absolutorias [160]. CLARIÁ OLMEDO, frente al cargo de posible desigualdad por permitir sólo la revisión de las condenas penales, responde que ello resulta como consecuencia de la aplicación del principio *non bis in idem* y de la prohibición de la *reformatio in peius* [161]. Resulta, al respecto, muy fuerte el argumento de la prohibición de la persecución penal múltiple, consagrada en el art. 8.4 de la CADH, en cuya virtud "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos".

No obstante lo expuesto, siguiendo a TOMÉ GARCÍA, no es del caso rechazar de plano la revisión contra el reo. Es posible, a semejanza de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, aceptarla en determinados supuestos, únicamente *ex capiti falsi*, por falsedad documental relevante para la resolución, a causa de una testimonial o informe pericial falso o a causa de prevaricación o cohecho de los jueces. Aceptarla en todos los supuestos en que procede contra las sentencias condenatorias, supondría eso sí la desaparición de la cosa juzgada y, en consecuencia, una situación de inseguridad jurídica inadmisible y, por supuesto, en sí misma injusta [162].

En cuanto a la sentencia condenatoria, la revisión versa sobre la cuestión penal, sin perjuicio de que el éxito de la revisión comprenda también la cuestión civil resuelta en aquélla. Al respecto, el art. 361º del Código de 1940 enfatiza que la sentencia revisable es aquella que emane de cualquiera sea la jurisdicción que haya juzgado o la pena que haya sido impuesta (el Código de Justicia Militar radicó en el Consejo Supremo de Justicia Militar el conocimiento de las revisiones de sentencias condenatorias impuestas por el Fuero Militar). La meta de la revisión, como apunta Ernst BELING, es la anulación de una condena en sí, en la modificación del *titulus condemnationis* [163]. Por otro lado, la reparación civil, como postula MANZINI, no puede ser objeto de revisión independiente cuando fue pronunciada por el juez del proceso penal. Se ataca

[160] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 693.

[161] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 552.

[162] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 590.

[163] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 325.

la condena en su totalidad, no hay revisión parcial, por ejemplo la eliminación de una circunstancia calificante [164].

## IV. MOTIVOS DE REVISIÓN

### 1. Introducción

Ambos Códigos asumen un sistema de *numerus clausus*. Están excluidos los vicios *in procedendo* de los fallos y los vicios *in iudicando de iure*. En este último caso, el Proyecto de 1995, siguiendo el modelo germano, incluyó un supuesto *in iudicando de iure* en el art. 408º.6: "Si correspondiere aplicar retroactivamente una ley penal que ha dejado de considerar como delito un hecho que antes lo era, o cuando una norma en la que se hubiera basado la sentencia, hubiera sido declarada nula por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema". De igual manera, el art. 363º.6 del Código de 1991 precisa que procede la revisión "si correspondiere aplicar retroactivamente una ley penal que ha dejado de considerar como delito un hecho que antes lo era"; igualmente, el inc. 3 de dicha norma, que sustenta la revisión en la vulneración de un motivo de extinción de la acción penal, como es la prescripción.

Los motivos de revisión pueden agruparse en dos rubros: **a)** revisión "*propter falsa*" o "*ex capite falsi*", es decir, por hechos falsos, o sea en virtud de conductas antijurídicas que hayan podido influir causalmente, directa o indirectamente, en la resolución, falseando su premisa de hecho; y, **b)** revisión "*propter nova*" o "*ex capite novorum*", esto es, por hechos nuevos, o sea por cualquier hecho o medio de prueba que venga con posterioridad a evidenciar la equivocación del fallo, bastando que el hecho no haya figurado en la causa y, por tanto, que no haya sido tenido en cuenta por el juzgador [165]. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que no procede la revisión fundada en las mismas pruebas actuadas

[164] Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 555.

[165] Gómez Orbaneja / Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 315–316.

en la instrucción alegando que el delito sólo pudo ser cometido por uno y se condenó a dos en el mismo fallo [166].

2. PRIMER MOTIVO

Es el caso de la *supervivencia de la víctima en un homicidio*, o sea de una sentencia fundada en la muerte de una persona que no ha fallecido. Ello significa que se castigó penalmente por un delito inexistente. Está contemplado en el art. 361º.1 del Código de 1940. Se trata de un supuesto bastante excepcional, lo que podría explicar que no está considerado en el Código de 1991. Los presupuestos de este motivo son: 1) El hecho de la desaparición de la víctima, lo que vino a determinar en su día la declaración de la condena. 2) La existencia de la presunta víctima después de cometido el hecho que motivó la condena. 3) El homicidio a que se refiere la ley debe ser en grado de consumación. 4) Aun cuando la ley no lo diga, el tipo penal no necesariamente debe ser homicidio, doloso o culposo, sino que se extiende a todas aquellas figuras penales que tengan como resultado la muerte de una persona.

3. SEGUNDO MOTIVO

Es el caso de *sentencias contradictorias*. Está contemplado en los arts. 361º.3 del Código de 1940 y 363º.1 del Código de 1991. Lo que está en el centro de la discusión de este motivo, según explica ESCUSOL BARRA, es la contradicción nacida de un mismo hecho por el que fueron indebidamente condenadas por sentencias firmes dos o más personas, siendo así que el delito sólo pudo haber sido cometido por una sola de ellas. Por lo tanto, es el *hecho concreto* el que importa y el que hay que colocar en el centro del análisis de las pruebas nuevas, hasta entonces desconocidas, que puedan evidenciar que se produjeron condenas a personas distintas cuando tal *hecho penal* sólo puedo haber sido cometido por una sola [167].

4. TERCER MOTIVO

Es el caso de *condena por falsedad*. Este motivo está previsto en el art. 361º.2 del Código de 1940, que lo circunscribe a la declaración decisiva

[166] Ejecutoria suprema de 5 de enero de 1928 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 328-331).

[167] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 720.

de un testigo, condenado después como falso en un juicio criminal. El inc. 2 del art. 363º del Código de 1991 es más amplio, pues comprende todo elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, que carece de valor probatorio por ser inválido, adulterado o falso.

Esta causal se refiere, por tanto, a aquellos supuestos en los que la sentencia de condena se obtuvo como consecuencia de la comisión de un delito –falso testimonio en el primer caso, y falsedad de documento en el segundo caso–, pero la procedencia del motivo está condicionada a que exista un fallo judicial que declare la existencia del delito o delitos en mención: es el hecho jurídico determinante de la revisión. No hace falta, apunta Gómez Orbaneja, que el falso testimonio haya sido la única prueba de la culpabilidad, basta con que la prueba declarada falsa haya concurrido causalmente [168]. El hecho punible en cuestión, aclara Miguel Fenech, debe haber servido de base a la declaración de hechos probados en la sentencia cuya revisión se pretende [169].

### 5. Cuarto motivo

Es el caso de *conocimiento de nuevos hechos.* El inc. 5 del art. 361º del Código de 1940 precisa que este motivo de revisión se presenta cuando se acrediten *hechos por medio de pruebas* no conocidas en el juicio, que sean capaces de establecer la inocencia del condenado. En cambio, el inc. 4 del art. 363º del Código de 1991 tiene una concepción más amplia acorde con los Códigos modernos, pues hace mención, independientemente, a los hechos y a los elementos de prueba, aunque siguiendo a Giovanni Leone, es de decir que no hay ninguna diferencia entre "hechos nuevos" y "nuevos elementos de prueba" y que, en todo caso, lo que es necesario es que hayan surgido *nuevos elementos de valoración* cualquiera que sea la fuente de donde provengan [170].

Gómez Colomer explica que este motivo es el más alegado y significa que los hechos o medios de prueba que fundan la revisión tienen que haber sobrevenido o revelarse después de la sentencia de condena, sien-

---

[168] Gómez Orbaneja / Herce Quemada: *Derecho procesal penal,* cit., p. 320.

[169] Fenech: *Derecho procesal penal,* cit., p. 568.

[170] Leone: *Tratado de Derecho procesal penal,* cit., T. III, pp. 268–269.

do como consecuencia de ello evidente la inocencia del condenado, constituyendo el ejemplo típico el retractamiento de un testigo [171]. La novedad del elemento de valoración, aclara LEONE, debe referirse al momento de su efectiva adquisición procesal, no al momento cuando surge (*noviter reperta*) o de la posibilidad de adquirirlo [172]. Es de acotar, finalmente, que esos nuevos elementos probatorios, solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento que dio lugar a la sentencia cuestionada, hagan evidente que el hecho no existe o que el condenado no lo ha cometido.

## 6. OTROS MOTIVOS

1. El inc. 4 del art. 361º del Código de 1940, a semejanza del art. 544º del Código italiano anterior, incorpora como otro motivo de revisión la *inconciliabilidad de cosas juzgadas*. El Código de 1991 no reconoce este motivo como supuesto independiente, tal vez considerando –a la par que la jurisprudencia española (Sentencia de 18 de octubre de 1982)– que puede reconducirse al motivo anterior, de "nuevos hechos o pruebas" [173].

Dice el texto de la ley nacional que procede la revisión "... cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada". Los requisitos de este motivo, siguiendo a Giovanni LEONE [174], son: 1) Que no es necesario que la segunda sentencia sea de condena, pero debe ser irrevocable y, obviamente, referida a una imputación de delito; 2) Que lo que cuenta entre las dos sentencias, digamos la primera y la segunda, no es la correlación en el tiempo, sino la imposibilidad de hacer que coexistan dos sentencias penales que tienen por fundamento determinados hechos inconciliables entre sí; 3) Que es suficiente que la inconciliabilidad se presente entre la reconstrucción de los hechos sentados en una sentencia y la reconstrucción de los hechos fijados en la otra sentencia: la una no puede estar en presencia de la otra.

---

[171] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 476.

[172] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 269.

[173] GÓMEZ COLOMER en: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 476.

[174] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 264–265.

**2.** El inc. 7 del art. 363º del Código de 1991 admite la revisión contra el reo. Precisa que la revisión procede "si la sentencia absolutoria ha sido expedida bajo coacción o amenaza invencible o incurriendo en conducta delictuosa". Obviamente, siguiendo las pautas de motivos anteriores, para su procedencia se requerirá que exista un fallo judicial que acredite la existencia de los delitos determinantes de la revisión –contra la libertad individual, cohecho, prevaricato– y que éstos sean causales a la absolución impuesta al imputado.

## V. EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

La demanda de revisión se presenta ante la Corte Suprema (el Código de 1940 prescribe que se presenta ante el pleno jurisdiccional, mientras que el Código de 1991 dispone que se presenta ante la Sala Penal Suprema). Como toda demanda debe contener la referencia precisa y completa de los hechos en que se funda, así como las disposiciones legales pertinentes. Igualmente, debe acompañarse la prueba que el caso requiera, o los documentos que acrediten el hecho en que se funda. El art. 365º del Código de 1940 introduce un efecto inmediato a la revisión: la suspensión de la ejecución de la sentencia, si no ha sido ejecutada, siempre que la demanda fuera interpuesta por un Vocal (según las pautas derivadas de la vigencia de la LOMP, debe entenderse esta referencia al Fiscal Supremo).

El Código de 1940 no contempla ante el Supremo Tribunal una fase de instrucción: las pruebas deben ser presentadas por el demandante. En cambio, el Código de 1991, en su art. 366º, sólo autoriza a pedir el expediente cuya sentencia motiva la revisión; y, en su art. 367º, permite al Fiscal Supremo realizar actos de investigación circunscritos a la verificaciones que estime conveniente.

Por imperio del art. 82º.1 de la LOMP si la revisión no ha sido interpuesta por el Fiscal Supremo, deberá emitir dictamen y, en su caso, proponer la indemnización que corresponda a la víctima del error judicial o a sus herederos. Regresados los autos con el dictamen fiscal, el art. 364º del Código de 1940 ordena que la Corte Suprema en Pleno Jurisdiccional nombre dos Vocales para que emitan una ponencia sobre el contenido de la demanda de revisión, quienes luego están obligados a concurrir a las sesiones para brindar las explicaciones que correspondan, pero están liberados de votar.

La sustanciación impuesta por el Código de 1991 es diferente, no sólo porque quien resuelve es la Sala Penal Suprema y el Fiscal Supremo tiene potestades instructoras, sino porque la revisión se ve en audiencia pública, a la que debe citarse al abogado defensor del condenado en tanto haya solicitado el uso de la palabra. El plazo para emitir sentencia es de 8 días hábiles.

El proceso de revisión, como aclara CORTÉS DOMÍNGUEZ [175], supone en todos los casos un *iudicium rescindens*, es decir, un juicio en el que se va a decidir si la sentencia firme y condenatoria se rescinde o no por alguno de los motivos que están reconocidos en la ley. El verbo *anular* señalado en el art. 364º del Código de 1940 debe entenderse por rescindir. Lo que se pide es la rescisión y lo que se consigue en su caso igualmente es la rescisión.

No hay ningún problema práctico si la sentencia de la Corte Suprema desestima la revisión interpuesta. Dicha sentencia, sin duda alguna, cierra el proceso de revisión y ratifica la firmeza del fallo cuestionado. Ello no obsta, como aclara el art. 369º del Código de 1991, que sea posible interponer otra revisión, "...siempre que se fundamente en otros hechos o pruebas".

Si se ampara el motivo de la revisión, el Código de 1940 dispone la rescisión de la sentencia y la derivación de todo lo actuado al tribunal competente para que realice el *iudicium rescissorium*. En cambio, el Código de 1991 obliga a la Corte Suprema a dictar el fallo rescisorio, absolviendo al imputado, restituyendo los pagos que efectuó por concepto de reparación civil e imponiendo la indemnización que corresponda por el error judicial. No obstante lo expuesto, es del caso destacar lo escueto de las normas procesales en materia de revisión, lo que obliga al intérprete, siguiendo el derecho comparado, a articular determinadas opciones en relación al juicio rescisorio.

No obstante lo expuesto y frente al vacío legislativo, es del caso tener presente lo siguiente: **1.** Que el segundo juicio a que hace referencia el Código de 1940 no se produce en los supuestos de supervivencia de la víctima en un homicidio (la absolución debe dictarla la propia Corte

[175] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 699.

Suprema), salvo que lo que se castigó fue una conducta típica agravada por el resultado muerte, en cuyo caso sería necesario la tramitación de un juicio en el que se decida si cabe o no imponer pena cuando aquellos hechos ciertos no conllevan tal resultado. **2.** Que, igualmente, en el caso del motivo de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba, el nuevo proceso sólo procederá para establecer la persona que realmente cometió los hechos criminosos, correspondiendo a la Corte Suprema absolver de plano al condenado injustamente. **3.** Que, por otro lado, en el caso de los motivos referidos a la contradictoriedad de sentencias y a la condena por falsedad, resulta imperativo enjuiciar nuevamente a quienes resultaron favorecidos con la revisión amparada por el Tribunal Supremo, pues su existencia no evita que posteriormente quepa una nueva condena. **4.** Que en el supuesto de contradictoriedad de sentencias el nuevo juicio se dirigirá contra las personas que hayan sido condenadas por la realización de unos únicos hechos, y el objeto de ese juicio será la determinación de cuál de ellos fue el autor de los mismos. 5. Que, por último, en el motivo de duplicación de sentencias, corresponde a la Corte Suprema, como apunta GÓMEZ COLOMER siguiendo la legislación española, anular la sentencia que se considere injusta o se dictará otra [176].

Es de tener presente, como señala TOMÉ GARCÍA, que cuando corresponda, por imperativo de las circunstancias, realizar un juicio por otro tribunal (competente según las reglas de competencia), este juicio rescisorio se acomodará al procedimiento correspondiente de la instancia y concluirá por sentencia que producirá, sin perjuicio de los efectos que toda sentencia dictada en un proceso produce, ciertos efectos especiales, que varían según que el contenido de la misma sea condenatoria o absolutoria [177]. Si la sentencia es condenatoria, por fuerza, debe tenerse presente la pena impuesta en la sentencia rescindida; en cambio, si la sentencia es absolutoria, debe ordenarse la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación civil, así como la indemnización que corresponda por error judicial (art. 368º del Código de 1991).

---

[176] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 478.

[177] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 597.

# CAPÍTULO XXXV
# RECURSO DE QUEJA Y RECURSOS FISCALES

SUMARIO: **I.** Recurso de queja: 1. Recurso de queja ordinario. 2. Recurso de queja excepcional. 3. Otras modalidades de queja jurisdiccional. **II.** Recursos fiscales. **III.** La consulta.

## I. RECURSO DE QUEJA

### 1. RECURSO DE QUEJA ORDINARIO

La queja es un medio de impugnación de los autos emitidos por los Juzgados y Salas Superiores que deniegan la apelación, la casación o el recurso de nulidad. Señala ALZAMORA VALDEZ que la queja "... constituye el verdadero sustento de la apelación, porque si aquélla no existiera esta última quedaría librada al arbitrio del juez de cuya resolución se pretende reclamar mediante la alzada, que no siempre es favorable a este recurso" [178].

Se trata, al decir de Juan Pedro COLERIO, de un recurso muy especial, pues mientras los demás tienden a revocar la resolución impugnada por errores *in iudicando* o *in procedendo*, la queja apunta a obtener la admisibilidad de otro recurso denegado, pues por sí misma carece de idoneidad para introducir variantes en lo que constituye la decisión ya existente; apunta, en suma, a que el superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad del inferior se ha ajustado o no a derecho [179].

---

[178] ALZAMORA VALDEZ: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, cit., p. 274.

[179] COLERIO, Juan Pedro: «Recurso de queja por apelación denegada», en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 108.

Existe este recurso en tanto, en nuestro sistema procesal, la impugnación se interpone ante el inferior.

La queja, apunta ORTELLS RAMOS, es un recurso devolutivo ordinario, que no sólo se resuelve por un órgano jurisdiccional de grado superior, sino que también se interpone directamente ante ese órgano [180]. La queja en el procedimiento penal pasa por pedir copias de lo actuado al juez que desestimó el recurso y con ellas, que son elevadas por el propio órgano jurisdiccional, se absuelve el grado. El Código de Procedimientos Civiles anterior, en su art. 1115º, estipulaba, al seguir ese modelo, que si el juez negaba la expedición de copias, el recurrente podía ocurrir en queja al Superior en grado sin copias, denunciando dicha negativa [181]. Por lo demás, en aras de efectivizar el recurso es imperativo que en ordenamientos como el nuestro se entienda que el inferior no puede negar la expedición de copias bajo ningún concepto. Así, explica Enrique VÉSCOVI, no podría decir que no entrega copias porque la apelación se introdujo fuera del plazo, etc. [182].

El Código Procesal Civil, siguiendo tendencias más modernas, cambió la sustanciación del mismo evitando los problemas arriba enunciados, pues la queja se interpone directamente ante el Superior del que denegó la impugnación con copia simple del escrito que motivó la resolución denegatoria, de la resolución recurrida, del escrito de impugnación y del inadmisorio (arts. 402º y 403º).

El objetivo del recurso de queja, según HINOJOSA SEGOVIA, es que el órgano judicial *ad quem* resuelva sobre la procedencia de la admisibilidad de un recurso inadmitido por el órgano judicial *a quo* [183]. El art. 401º del Código Procesal Civil amplía su objeto al tornarlo procedente también "...contra la resolución que concede apelación efecto distinto al solicitado". Es de hacer notar que la queja no produce efecto suspensivo.

---

[180] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 424.

[181] A este respecto, la jurisprudencia suprema –*Revista de Jurisprudencia Peruana,* 1971, Lima, p. 773– señaló que la queja sin copias sólo es procedente por denegatoria de su expedición.

[182] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica,* cit., p. 190.

[183] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 565.

El Código de 1940 sólo reguló la queja por denegatoria de recurso de nulidad (art. 297º), pero la jurisprudencia la ha extendido, aplicando supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles, al recurso de apelación. Una vez notificada la resolución que inadmite el recurso –de apelación o de nulidad– el recurrente, dentro del plazo de 24 horas, solicitará copias de lo actuado al juez *a quo*, quien si el recurso se interpuso en el plazo debido ordenará la expedición gratuita de las mismas y las que crea necesarias, elevando el cuaderno al Superior Jerárquico, el que la resolverá previa vista fiscal. En rigor, fuera de la vista fiscal, no procede ninguna sustanciación, al punto –como explica VÉSCOVI [184]– que la cuestión se plantea sólo con la parte recurrente. Si se trata de queja por denegatoria de recurso de nulidad, bastan tres votos conformes para resolverla. La finalidad de control de las inadmisiones que tiene este recurso, obliga a entender que si el *ad quo* deniega la expedición de copias, el recurrente podrá ocurrir en queja directamente al órgano *ad quem*.

El Código de 1991 señala expresamente, en su art. 361º, que contra el auto que inadmite los recursos de apelación y casación procede recurso de queja de derecho. El agregar el vocablo "de derecho", no es sino un intento de diferenciar esta queja, en cuanto recurso devolutivo, con la queja de hecho, que es una denuncia de carácter disciplinaria que se formula contra los magistrados que no cumplen sus funciones y que en el desempeño de un procedimiento concreto han afectado ilegal o indebidamente los derechos de las partes. Este recurso de queja de derecho se prepara solicitando copias al juez *ad quo*, acordando un plazo mayor al del Código anterior: tres días. La elevación de las copias corre por cuenta del juez *ad quo*.

## 2. RECURSO DE QUEJA EXCEPCIONAL

El recurso de nulidad sólo procede contra determinadas resoluciones, taxativamente enumeradas en el art. 292º del Código de 1940. En atención a que numerosos procesos, señaladamente los seguidos por delitos menos graves, no son de conocimiento ordinario de la Corte Suprema, la ley abrió una posibilidad para que excepcionalmente puedan ser conocidos por el Supremo Tribunal, siempre que reúnan determinan condiciones. Esta posibilidad está reglada en el último párrafo del art. 292º del Códi-

[184] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 191.

go de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, de 1981, y en el art. 3º de la Ley Nº 26689, de 28 de noviembre de 1996.

Denegado el recurso de nulidad en atención a que la resolución recurrida no se encuentra en el *numerus clausus* del art. 292º del Código de 1940, el recurrente puede conseguir que se conceda este recurso, por razones excepcionales, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: **a)** que se trate de una sentencia o de una resolución que ponga fin al proceso, causando por consiguiente un gravamen irreparable; **b)** que se denuncie una infracción a la Constitución o una grave violación de las normas sustantivas o procesales de la ley penal en la resolución recurrida; **c)** que en el escrito de interposición del recurso se precise la infracción constitucional o la grave infracción legal, citando inclusive las piezas pertinentes del proceso y sus folios, cuya omisión determina su rechazo *in limine*.

La posibilidad de que el Supremo Tribunal conozca de asuntos que regularmente no tiene acceso pasa por el filtro del recurso de queja excepcional. Para su procedencia deberá evaluar si, *prima facie*, existe alguna grave violación a la Constitución o a la Ley, penal material o procesal penal, esto es, si la decisión cuestionada ha inobservado, no ha aplicado o lo ha hecho erróneamente, una norma constitucional o legal de profunda significación en el proceso, desnaturalizando su esencia o distorsionando la adecuada solución del caso. Amparado el recurso de queja, la Corte Suprema ordenará la concesión del recurso de nulidad, oportunidad en que absolverá el grado con arreglo a sus facultades legales (arts. 299º a 301º).

En puridad este modelo guarda una cierta o remota semejanza con el "*petition of right*" del derecho medieval inglés, dado que éste implica, como aclara Guido Santiago TAWIL, el poder peticionar a la Corte Suprema una revisión "más acertada" de la causa. El escrito inicial tiene que demostrar que el caso es "*certworthy*", es decir, que existen motivos de interés general suficientes (en nuestra queja excepcional: violación de la Constitución y de la ley) que justifiquen la intervención del más alto tribunal, tales como existencia de cuestiones que revistan especial interés o en las cuales se debatan aspectos de sustancial importancia [185].

[185] TAWIL, Guido Santiago: *Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 31–33.

Para estos efectos, se debe formar el cuaderno respectivo, de conformidad con el art. 297º del Código de 1940. La Sala Penal Superior debe ordenar las copias pedidas por el recurrente y las que crea necesarias. Estas copias, ha establecido el Tribunal Supremo, tienen por finalidad hacer ver las graves violaciones constitucionales o legales en que se haya incurrido, en aplicación del art. 292º del Código acotado, por lo que el Tribunal de instancia debe ser inflexible al garantizar que sólo se anexen copias de todos los elementos necesarios para resolver [186].

### 3. OTRAS MODALIDADES DE QUEJA JURISDICCIONAL

El Código de 1940, a diferencia del Código de 1991, contempla adicionalmente dos modalidades distintas de queja. En el art. 87º, modificado por la Ley Nº 24388, se instituye la "queja por detención arbitraria". Se trata de una queja directa, presentada por el imputado ante la Sala Penal Superior, cuando ha sido detenido en virtud de una orden de detención emanada del Juez Penal y no ha sido notificado dentro de las veinticuatro horas de la resolución que dispone su detención. Esta queja se resuelve, previo informe del Juez quejado y vista fiscal. Si la Sala considera fundada la queja, es decir, si en efecto no se ha notificado al imputado dentro del plazo de 24 horas de detenido el tenor del auto de detención: **a)** podrá ordenar la libertad del inculpado, que se producirá cuando no exista auto de detención formal y válidamente emitido; o, **b)** podrá confiar la instrucción a otro juez, que será así cuando si bien se ha dictado auto de detención fundado, pero no se ha cumplido con el procedimiento de notificación correspondiente.

En el art. 89º el Código de 1940 se permite una queja directa ante el Superior Tribunal, formulada por el Fiscal, la parte civil o el inculpado, a fin de obtener el cambio de juez alegando expresas razones de inconveniencia para que siga conociendo del caso. Un supuesto específico tiene lugar cuando se da indebida libertad a un inculpado, en cuya virtud el juez *ad quem* tiene atribuciones no sólo para cambiar de juez sino también para ordenar la detención del liberado indebidamente. Hay que diferenciar, sin embargo, la queja que permite este artículo, con la posibilidad, también prevista en ese numeral, de solicitar un Juez *ad hoc*.

---

[186] Ejecutoria suprema de 28 de marzo de 1994, Exp. Nº 1133–92–B, Lima (*Normas Legales*, T. 244, setiembre, 1996, pp. J17–J18).

En este último supuesto, las razones de inconveniencia se circunscriben, no a la conducta funcional del juez o a la forma cómo conduce la causa, sino al hecho de que por la magnitud y complejidad del caso y dado que tiene un despacho regular que atender, resulta necesario nombrar un Juez Especial dedicado con exclusividad a esa causa concreta.

El Código de 1991, en el art. 138º, norma vigente, instituyó la denominada "queja por detención inmotivada". Esta queja se interpone ante el juez *ad quo* solicitando forme el cuaderno respectivo y, fecho, lo eleve al Juez *ad quem*. Procede cuando el mandato de detención, dictado al calificarse la promoción de la acción penal hecha valer por el Ministerio Público, no ha sido motivado, es decir, no se ha explicitado los motivos o razones vinculadas al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, reconocidos en el art. 135º del Código de 1991.

El trámite de esta queja es sumarísimo: la Sala debe pronunciarse en el término de 24 horas de recibidos los autos, sin necesidad de vista fiscal. Si declara fundada la queja, como quiera que se incurrió en una causa de nulidad insanable, dada su directa relevancia constitucional, se excluirá al juez del conocimiento del caso y se dispondrá su remisión a otro juez, sin perjuicio de la sanción a que hubiera lugar. El juez que recibe los actuados dictará otra resolución motivando como corresponde la medida cautelar personal (la nulidad sólo envuelve a la detención y no a las demás partes del auto de apertura de instrucción o de aprobación de la apertura de investigación, según los Códigos). La referencia al art. 136º, que exige la motivación del auto de detención, no implica que el nuevo Juez está obligado a dictar mandamiento de detención –pues ello colidaría con su autonomía constitucional– sino que de inclinarse por la detención debe motivarla adecuadamente.

## II. RECURSOS FISCALES

El Fiscal tanto por disposición del Código de 1991 cuanto por mandato constitucional, tiene el señorío de la etapa de investigación del delito. Obviamente, para adelantar las diligencias del procedimiento debe dictar resoluciones en lo que es estrictamente materia de su competencia y siempre que no invada esferas propiamente jurisdiccionales. Es de tener presente, por consiguiente, que son resoluciones instructoras de carácter jurisdiccional: el auto que aprueba el ejercicio de la acción penal (art. 115º), los autos que se pronuncien sobre transferencia de compe-

tencia (art. 53º), los autos que impongan tanto medidas cautelares cuanto medidas contra–cautelares (arts. 55º.4, 135º, 140º, 143º, 146º, 174º, entre otras), los autos que dispongan la realización de medidas instrumentales restrictivas de derechos (arts. 149º, 156º, 163º y 167º, entre otros), los autos de sobreseimiento (art. 253º), los autos que resuelven excepciones, cuestiones previas y cuestiones prejudiciales (art. 55º.2), los autos que declaran la contumacia o la ausencia del imputado (art. 247º). El Proyecto de 1995 incluyó los autos que constituyen en parte a los sujetos procesales, específicamente de actor civil, actor social y tercero civil (arts. 87º 89º y 93º).

El art. 370º del Código de 1991 prevé dos clases de recursos:

**1.** *Reposición.* Es un recurso no devolutivo que se interpone contra los decretos, esto es, contra las resoluciones que se limitan a impulsar el desarrollo del procedimiento, disponiendo actos de simple trámite (v. gr.: realización de actos ordinarios de investigación y de ordenación del procedimiento);

**2.** *Apelación.* Es un recurso devolutivo que se interpone contra los autos que resuelven sobre la denegatoria de la promoción de la acción penal (art. 113º *in fine*), la denegación de actos de investigación propuestos por las demás partes y otras decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento y alcancen definitividad (v. gr.: cuestiones de competencia en el seno de la Fiscalía; conducción compulsiva del omiso, art. 67º; constitución en actor civil del agraviado, art. 83º; secreto del sumario, art. 99º, entre otros).

No son objeto de impugnación ante la instancia superior del Ministerio Público, aquellas decisiones que exigen un necesario complemento o pronunciamiento judicial, tales como las que dispongan la realización de medidas instrumentales restrictivas de derechos (arts. 155º, 160º y 171º) y el auto de apertura de investigación (arts. 114º y 115º), entre otros.

## III. LA CONSULTA

La consulta, en cuanto institución procesal, está prevista en el vigente sistema procesal en los siguientes casos: **a)** auto de libertad incondicional (art. 201º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388); **b)** auto de libertad provisional en tráfico ilícito de drogas (art. 2º del D. Leg. Nº 122, modificado por el art. 2º de la Ley Nº 24388); y, **c)** sentencia

consensuada en el procedimiento de terminación anticipada en tráfico ilícito de drogas (art. 2º, inc. 5, de la Ley Nº 26320). Un supuesto general de consulta está previsto en el art. 14º del TUO de la LOPJ, cuando se trata de una resolución que no aplica una norma legal por colidar con la Constitución (la competencia corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema).

La consulta importa que la resolución en cuestión sea necesaria y oficiosamente revisada por el Superior, sin la cual no causaría ejecutoria. Según Hernando DEVIS ECHANDÍA, no se trata de un recurso, puesto que nadie lo interpone –así lo ha considerado el Código Procesal Civil en los arts. 408º/409º– y no rige para la competencia del superior y el alcance de la decisión que se adopte el principio de la *reformatio in peius*, propio de los recursos. La consulta se sustancia y decide por el superior como las apelaciones [187].

Es cierto, expone Edgar ESCOBAR LÓPEZ, que los recursos y la consulta buscan un mismo resultado, cual es la revisión de la decisión judicial por el superior para saber si el derecho fue debidamente interpretado y la ley justamente aplicada; sin embargo, la consulta, a diferencia de los recursos no es un derecho ni una acción de libro arbitrio o disposición de las partes sino que es un imperativo del legislador con carácter obligatorio que ordena al juez, sin petición alguna, que determinadas resoluciones deban ser revisadas por el Superior [188].

En los casos de consulta, reza el art. 409º del Código Procesal Civil, el expediente es elevado de oficio, en el plazo máximo de cinco días; la resolución definitiva se expide en los cinco días siguientes a la vista de la causa; no procede el pedido de informe oral; y, durante la tramitación de la consulta, los efectos de la resolución quedan suspendidos. Para el procedimiento penal, el único supuesto en que la consulta no impide la ejecución del auto, por expreso mandato de la ley, es cuando se dicta libertad incondicional; para los demás supuestos, al no existir norma expresa, se aplican las disposiciones del Código Procesal Civil. Respecto

---

[187] DEVIS ECHANDÍA: *Compendio de Derecho procesal*, cit., p. 571.

[188] ESCOBAR LÓPEZ, Edgar: «Regulación legal de la consulta en el proceso penal», en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas Del Valle*, Vol. XIII, Nº 21 y 22, Medellín, 1990, p. 103.

al pedido de informe oral, es de desestimar la aplicación de dicho Código puesto que la consulta penal no es un instituto residual a la apelación y si puede afectarse los derechos de los justiciables, no hay razón valedera para restringir su defensa. Bajo estos mismos argumentos, es de precisar que no cabe dicho recurso contra esas resoluciones puesto que deben ser revisadas de oficio por el superior, en cualquier caso.

Un supuesto de excepción que hasta hace poco existía en nuestra legislación procesal penal eran los recursos de apelación y de nulidad de oficio, que de conformidad con el art. 22º del Decreto Ley Nº 17537, procedía contra las resoluciones desfavorables al Estado. En rigor, se trata de una consulta y no de un recurso. Siguiendo a MIXÁN MASS, no cabe hablar de recurso de oficio, porque "ello equivale a decir que el Tribunal conscientemente ha emitido una resolución viciada por el error o la malicia y por eso autoimpugna su resolución; tal supuesto, importa, cuando menos, un contrasentido y es completamente extraño a la naturaleza de la impugnación procesal... el recurso es privativo de las partes" [189]. Por lo demás, como lo vislumbró el Código Procesal Civil, y siguiendo a VÉSCOVI, se trata de un privilegio injustificado y una demora inútil del proceso, sólo aceptable en favor del reo en materia penal, dado que en el caso la demora del proceso no tiene trascendencia y los valores en juego son de los máximos en la escala [190].

Esta norma, en primer lugar, se derogó para los supuestos de derecho procesal civil por imperio de la Sétima Disposición Final del Código Procesal Civil; y, luego, por la Ley Nº 26718, de 27 de diciembre de 1996, para los procesos penales, que formalmente derogó el citado art. 22º del Decreto Ley Nº 17537.

[189] MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975, p. 287.

[190] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 31.

# Parte VIII

## PROCESO PENAL CAUTELAR

# CAPÍTULO XXXVI
# TEORÍA GENERAL DEL PROCESO CAUTELAR

SUMARIO: **I.** Concepto. **II.** Naturaleza jurídica. **III.** Las medidas cautelares: 1. Concepto. 2. Características. **IV.** Presupuestos de las medidas cautelares. **V.** Efectos de las medidas cautelares. **VI.** Clasificación de las medidas cautelares. **VII.** Actividad procesal.

## I. CONCEPTO

El proceso cautelar, apunta el profesor ORTELLS RAMOS, es la justa respuesta a una necesidad creada por el propio proceso como instrumento del ejercicio de la potestad jurisdiccional y del derecho de acción [1].

Para que una decisión judicial tenga eficacia se requiere tiempo. Igualmente, para que el proceso se ejercite con mínimas garantías de acierto, debe llevarse a cabo una determinada actividad jurisdiccional que cumpla con los principios procesales correspondientes (contradicción, defensa, etc.), en cuya virtud es del caso realizar una serie de pasos, incluida la impugnación. El proceso penal –al igual que el proceso civil, el laboral, el contencioso-administrativo y otros– no es instantáneo. Es, en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS MÉNDEZ, un acto con proyección temporal que requiere la sucesión de varias unidades de tiempo [2].

---

[1] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional,* José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, cit., T. II *(Proceso civil, 2ª)*, p. 255.

[2] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Las medidas cautelares en el proceso civil,* Editorial Industrias Gráficas Pareja, Barcelona, 1974, p. 12.

Este necesario retraso en la tramitación de los procedimientos –negativo para quien tiene derecho a la plena satisfacción de su pretensión– también da ocasión a la otra parte para que realice conductas que puedan impedir o dificultar gravemente la efectividad de la sentencia.

El proceso cautelar, en estas condiciones, se define como el *instrumento que utiliza la jurisdicción, o el remedio previsto por el derecho sustancial, destinado a conjurar ese riesgo, mediante una incidencia en la esfera jurídica del imputado, adecuada y suficiente para lograr tal efecto.* El proceso cautelar –y la potestad cautelar que contiene– forma parte del denominado derecho fundamental a la tutela jurisdiccional (art. 139º.4 Const.), uno de cuyos componentes esenciales es el derecho a que el fallo se cumpla. En la medida en que el proceso puede desembocar en la imposición de una pena, una indemnización y, de ser el caso, determinadas consecuencias accesorias, es de interés colectivo que aquéllas sean susceptibles de cumplimiento efectivo.

El citado art. 139º.4 de la Constitución implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar. El juez tiene el deber constitucional de adoptar las medidas cautelares necesarias para la efectividad de la tutela jurisdiccional a otorgar, es decir, para mantener incólume durante el proceso el objeto del mismo. Este derecho, sostiene Francisco CHAMORRO BERNAL, es una exigencia constitucional de la plenitud de su jurisdicción, pues sin posibilidad de asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar, no existe verdadera tutela [3].

La finalidad del proceso cautelar, en estas condiciones, acota GÓMEZ DE LIAÑO, estriba en proporcionar un sistema de protección para paliar de alguna manera los riesgos de una tardanza en la resolución definitiva que la haga ilusoria [4]. En otros términos, el proceso cautelar pretende, tal como señala José TOMÉ PAULE, "*asegurar la eficacia del fallo antes de la sentencia que pueda dictarse e impedir las consecuencias que para los fines del proceso pueda originar la duración del mismo* [5]. Trata de asegurar el fallo definitivo, el cual, en

---

[3] CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 285–292.

[4] GÓMEZ DE LIAÑO GONZALES, Fernando: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1997, p. 175.

[5] ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Trivium, Madrid, 1994, p. 255.

caso de no adopción, explica José María ASENCIO MELLADO, podría frustrarse bien por la desaparición de los bienes en lo que a las responsabilidades civiles se refiere, o bien por la evasión del imputado en lo relativo al efectivo cumplimiento de la pena privativa de libertad [6].

En tanto el proceso cautelar garantiza la efectividad de la potestad jurisdiccional, a través de la cual se concreta la potestad punitiva de Estado, un sector doctrinario postula que se rija por la más estricta oficialidad, consecuentemente, no es aplicable en principio la regla propia del proceso civil de que para su concesión se requiere instancia de parte. Las medidas cautelares penales, para esta concepción, no tienen "*carácter de rogadas*", según expresión de GUTIÉRREZ DE CABIEDES. En la medida en que el proceso penal trata de restaurar el orden jurídico perturbado, sancionando al culpable de la comisión de un delito e indemnizando al agraviado, a juicio de esta concepción, resulta razonable considerar que la actuación de la potestad cautelar se convierta en un deber de los órganos jurisdiccionales. Parece ser que en armonía con dicha postura dogmática el art. 133º del Código de 1991 autoriza la reforma de oficio de las medidas cautelares y el art. 155º del mismo Código obliga al Juez Penal a determinar la condición procesal del imputado, "sea de compareciente o detenido"; en cambio, las demás medidas cautelares personales y todas las reales la nueva ley procesal las somete a la regla dispositiva.

Es de considerar, sin embargo, que siendo persecutoria la justicia penal nacional y encargándose al Ministerio Público, órgano autónomo de derecho constitucional, el ejercicio de la acción penal y la conducción desde su inicio de la investigación del delito (arts. 158º y 159º, incs. 4 y 5, Const.), no cabe que se encomiende al órgano jurisdiccional –obligado constitucionalmente a la imparcialidad y objetividad– decidir sin pedido de parte la imposición de medidas cautelares. La tarea que se impone al órgano jurisdiccional no es la debida en orden a los cauces por el que debe discurrir la jurisdicción penal. Es de tener presente, primero, que el interés público y social está representado por el Fiscal, que por imperio del art. 159º, incs. 1 y 3, de la Constitución, tiene el deber de actuar en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho y de representar en los procesos judiciales a la

[6] ASENCIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 42.

sociedad; y, segundo, que dictar de oficio medidas cautelares tiene el riesgo de lesionar sensiblemente la exigencia de imparcialidad y objetividad al obligar al juez a adelantar juicios sobre la apariencia del derecho y la peligrosidad procesal del imputado, sin la intervención del titular de la acción penal o del agraviado constituido en parte (art. 11º de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 58º del Código de 1940).

## II. NATURALEZA JURÍDICA

La actividad jurisdiccional cautelar puede considerarse como un proceso en sí mismo y diferente de los procesos de declaración y de ejecución. No configura un mero elemento complementario de los procesos de declaración y ejecución, ni tampoco constituye incidente del primero ni medio de aseguramiento del segundo. Tiene, en suma, su propia sustantividad, desde que la medida cautelar se adopta bajo unos presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal.

El derecho a la cautela o al aseguramiento de la tutela plena de las sentencias es un puro derecho procesal. En definitiva, es un derecho frente al Estado por el que se pide que se asegure la plena efectividad de la futura sentencia durante el tiempo que se tarde en tramitar el procedimiento. Su fundamento, según Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, es puramente procesal o, en todo caso, constitucional, desde que el poder jurídico de obtener una resolución cautelar es una forma de acción pura, que no es accesoria de ningún derecho [7].

Esta concepción, en cuanto considera al proceso cautelar como un *tertium genus*, refleja adecuadamente la importancia de una necesidad social que surge de la propia configuración de la actuación jurisdiccional del derecho y el correlativo interés del tratamiento normativo que esa necesidad requiere. La característica de *instrumentalidad*, consecuencia de la función a la que sirve este proceso, le otorga entidad propia, a la par que está constituido por una pretensión procesal distinta del proceso principal.

Existe, como es obvio, un fuerte entrelazamiento entre las actividades cautelares y las del proceso principal, sin embargo los actos procesa-

[7] CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 527.

les cautelares no son una manifestación de la potestad punitiva del Estado –propias de los procesos de declaración y conocimiento– puesto que lo impide el derecho a la presunción de inocencia. Además, puntualiza ORTELLS RAMOS, en tanto las medidas cautelares restringen derechos fundamentales, resulta imprescindible rodearlas del máximo de las garantías de un proceso, en la medida en que se trata de una materia de directa relevancia constitucional [8]. En cuanto toda medida cautelar anticipa en cierto sentido los efectos de la ejecución, es del caso proceder con suma cautela en su aplicación; más aún si la pena principal en el derecho penal sigue siendo la privación de libertad, cualquier fórmula anticipatoria corre el riesgo de convertirse asimismo en pena anticipada [9].

CORTÉS DOMÍNGUEZ expresa, al respecto, que el proceso cautelar tiene unas características propias, tales como: **a)** es un proceso sumario, en el doble sentido de que el proceso es corto o abreviado y que el juez tiene una extraordinaria limitación en su poder de conocimiento, circunscrito a la constatación de los presupuestos de la medida; **b)** no rige el principio de contradicción, pues por lo general se acuerdan sin conocimiento del sujeto pasivo de la misma; **c)** normalmente es competente para dictarla el juez competente para el conocimiento de la causa principal; **d)** el legitimado activamente para solicitarla es el actor en el pleito principal; y, **e)** la resolución judicial que las adopta no produce los efectos de la cosa juzgada [10]. Los dos últimos requisitos, sin embargo, como se verá en el punto siguiente, no son del todo aceptables en el proceso penal, primero, porque en el proceso penal nacional rige en su mayor parte el principio de oficialidad y, segundo, porque la revocabilidad de las medidas cautelares no es óbice a la firmeza de las resoluciones que la adoptan.

La autonomía del proceso cautelar es negada por varios autores, entre ellos SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS MÉNDEZ. Sostienen que la forzosa dependencia y subordinación del procedimiento cautelar respecto del

---

[8] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional,* José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. III *(Proceso penal),* p. 538.

[9] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional,* 3a. ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 266.

[10] CORTÉS DOMÍNGUEZ *et. al.*: *Derecho procesal civil,* cit., pp. 531–533.

proceso principal, del que tan sólo es un simple incidente, así como la falta de unidad de los diversos procedimientos, que debe adaptarse a la situación sustancial garantizada, impiden la mentada autonomía [11]. Sin embargo, siguiendo a ORTELLS RAMOS, es del caso rechazar esta posición porque la dependencia y subordinación es la consecuencia de la función que cumple el proceso cautelar, que es precisamente lo que le da entidad propia, y la falta de unidad del procedimiento cautelar no dice de su falta de autonomía del proceso cautelar, sino de la exigencia teórica de reestructurar su base normativa [12].

## III. LAS MEDIDAS CAUTELARES

### 1. CONCEPTO

Las medidas cautelares pueden definirse como los *actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre las personas o los bienes, se ordenan a posibilitar la efectividad de la sentencia a que ulteriormente haya de recaer* [13]. Cumplen, por esencia, una función de aseguramiento, pues –como ya se apuntó– están destinadas a evitar que el peligro que afecta la efectividad de una resolución judicial que no pueda adoptarse y llevarse a efecto de modo inmediato, se convierta en daño real, impidiendo que una resolución produzca sus efectos en la práctica o los produzca en forma menos útil que la debida.

### 2. CARACTERÍSTICAS

El régimen jurídico de la actividad jurisdiccional cautelar tiene dos componentes: **1.** Las características de las medidas cautelares. **2.** Los efectos de las medidas cautelares.

Las características más relevantes de las medidas cautelares son: instrumentalidad, urgencia, proporcionalidad, variabilidad y jurisdiccionalidad.

---

[11] SERRA DOMÍNGUEZ / RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., pp. 25 y 28.

[12] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. II *(Proceso civil, 2ª)*, p. 259.

[13] ILLESCAS RUS, Angel Vicente: «Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal», en: *Revista de Derecho Procesal*, Nº 1, Madrid, 1995, p. 64.

*A. La instrumentalidad*

La instrumentalidad es considerada por CALAMANDREI como una característica típica de la medida cautelar. Consiste, según este mismo autor, en que no tiene una finalidad en sí misma, pues está necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal por la función que tiene asignada, de asegurar su efectividad práctica, la *fruttuosità pratica* [14]. La actuación del derecho debe producirse sin riesgo de inefectividad a causa de la demora de la sentencia.

Esta concepción de la instrumentalidad, contiene dos elementos fundamentales. En *primer lugar,* implica la existencia de dos situaciones jurídicas, una instrumental y la otra final –siempre debe darse esta dualidad de situaciones–. En *segundo lugar,* una situación es instrumental respecto de otra en tanto posibilita que la resolución principal sea eficaz en la práctica [15]. El valor distintivo de la instrumentalidad, aclaran SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS MÉNDEZ, es que si una medida no está dirigida a una ulterior medida principal no puede ser considerada como cautelar [16].

Las manifestaciones de la instrumentalidad son las siguientes:

**1)** Sólo puede adoptarse estando pendiente un proceso principal o para preparar su incoación en el más breve plazo (piénsese, por ejemplo, en la detención policial o en la orden judicial de inscripción de una incautación en el curso de una investigación preliminar por delito de tráfico ilícito de drogas).

**2)** Se extingue cuando el proceso principal termina. Si la pretensión no es estimada, la medida se extingue, porque ya no hay efectos que deban asegurarse. Si la pretensión es estimada, sancionándose al imputado, la medida también se extingue porque a partir de allí la sentencia principal despliega sus efectos propios, esto es, desarrolla su eficacia ejecutiva. Esta especial manifestación o consecuencia de la instrumentalidad se denomina *provisionalidad,* en cuya virtud –precisa

---

[14] CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari,* Padova, CEDAM, 1936, p. 21.

[15] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. II *(Proceso civil, 2ª),* p. 260.

[16] SERRA DOMÍNGUEZ / RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil,* cit., p. 16.

Coral ARANGÜENA FANEGO– los efectos de la medida cautelar tiene una duración limitada en el tiempo y deben desaparecer una vez haya recaído la resolución, a lo que hay que diferenciar la nota de *temporalidad*, que significa que, independientemente de sobrevenir un evento determinado, la medida está sujeta a un tiempo determinado [17].

3) Los efectos jurídicos que genera coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con éstos en su resultado práctico, pero siempre con el carácter provisional aludido en el punto anterior [18]. A esta manifestación de la instrumentalidad se denomina *homogeneidad*. Su contenido incide, recalca ORTELLS RAMOS –con intensidad variable y según su clase– en el mismo bien jurídico que puede resultar afectado por la sentencia de condena [19]. Cualitativamente reviste las mismas características que las medidas ejecutivas.

Esta concepción de instrumentalidad deja fuera del concepto de medidas cautelares los anticipos de prueba, las medidas que no se adoptan en función de un proceso penal (v. gr.: detenciones en estado de emergencia para preservar el orden público) y las medidas que si bien se adoptan en un proceso penal no están previstas para garantizar la efectividad de la sentencia, sino para posibilitar la realización de actos de investigación y de prueba (v. gr.: secuestro de instrumentos del delito no pertenecientes al imputado, allanamientos, intervención telefónica, etc.). La confusión, según ORTELLS RAMOS, se debe a que estas últimas medidas presentan características que las acercan a las medidas cautelares, como la prevención de un cierto *periculum in mora*, la urgencia de determinadas actuaciones y la provisionalidad de alguna de aquellas que afectan a los mismos bienes jurídicos sobre los que puede recaer la ejecución [20].

---

[17] ARANGÜENA FANEGO, Coral: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, p. 79.

[18] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. II *(Proceso civil, 2ª)*, pp. 260–261.

[19] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 538.

[20] ORTELLS RAMOS, Manuel: «Las medidas cautelares en el proceso penal», en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 244, Madrid, 1978, p. 441.

El Código Procesal Penal de 1991, empero, optó por una sistemática legislativa distinta, a pesar de la incorporada por el Código Procesal Civil. En efecto, no sólo las denominó "medidas coercitivas", olvidando con ello que "la coacción es un medio que puede estar al servicio de diversos fines, y el fin cautelar sólo es uno de ellos" [21], sino que también las abordó en un Título que integra el Libro II referido a la Investigación, obviando considerar esta institución como un proceso especial a regularse en el Libro V. Esta regulación, a nuestro entender, constituye un error de técnica legislativa, por cuanto las medidas cautelares pueden adoptarse no sólo en dicha etapa sino también en las etapas intermedia, especialmente al dictarse el auto de enjuiciamiento, y del juicio oral. El nuevo Código también incorporó en dicho Título el allanamiento, el secuestro de bienes de terceros y la observación, detención, apertura y examen de correspondencia, de suerte que, a semejanza del modelo germano, privilegió en su concepción el uso de medios de coactivos y no su finalidad procesal.

*B. La urgencia*

La resolución cautelar debe adoptarse cuando se aprecian circunstancias que racionalmente conforman un riesgo potencial de ineficacia de la ulterior resolución definitiva (pertenece al ámbito del *periculum in mora*). Es de destacar que, objetivamente, el juez dicta una medida cautelar pese a disponer de limitados elementos de juicio para decidir, pues lo hace en un momento previo al desarrollo del juicio oral, con las ineludibles carencias de valor probatorio de las diligencias actuadas con anterioridad al mismo, como consecuencia de la ausencia de las garantías de inmediación, bilateralidad y contradicción. El Juez, en tal virtud, contará, apuntan SERRA DOMÍNGUEZ y MÉNDEZ RAMOS, con meros indicios que revelen la simple apariencia de la racionalidad de la imputación [22].

La urgencia coimplica que debe acordarse lo más rápidamente posible. Su concesión u otorgamiento debe ser célere, lo que se relaciona con la nota de *sumariedad*, de suerte que el procedimiento debe ser abreviado e importa una extraordinaria reducción en el poder de conocimiento del juez; no hay una *plena cognitio*, sino –como expresa

[21] ORTELLS RAMOS: «Las medidas cautelares en el proceso penal», cit., p. 442.

[22] SERRA DOMÍNGUEZ / RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., p. 80.

CALAMANDREI– una *summaria cognitio*, en tanto el presupuesto de las mismas no es tanto el derecho, cuanto la apariencia del mismo. En el proceso penal el Juez aprecia "suficientes elementos probatorios de comisión delictiva" o "suficientes elementos probatorios de responsabilidad civil", según se trata de adoptar una medida cautelar contra el imputado o el tercero civilmente responsable (arts. 135º.1 y 88º del CPP de 1991).

La urgencia y la sumariedad, importan a su vez que la medida cautelar se acuerde *"inaudita altera parte"*, pues no cabe que se dé audiencia a aquel contra quien se dispone la medida. La sorpresa está dada precisamente para evitar que la persona contra quien va dirigida se sustraiga a su ejecución. Es la nota de sorpresividad. Es de aclarar que con ello no se menoscaba el derecho de defensa –reconocido en nuestra Constitución en el art. 139º.14– porque en todo caso se le concede al sujeto contra el que se dispone, la posibilidad de pedir en vía de recurso su alzamiento por no concurrir los requisitos establecidos en la ley. El art. 314º *in fine* del Código Procesal Penal de 1991 preceptúa que "*tratándose de medidas coercitivas no se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior (notificación previa a los sujetos procesales) cuando la precedente audiencia o traslado hiciera peligrar su finalidad*".

*C. La proporcionalidad*

Se trata de un principio que es fruto de una elaboración doctrinaria de los tribunales regionales de la Unión Europea y de los Tribunales Constitucionales de los países de Europa. Este principio, precisa PEDRAZ PENALVA, busca proteger los derechos fundamentales de la persona fijando los límites de la intervención del Estado en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses generales que aquél persigue y los intereses básicos de los individuos o grupos que sólo excepcional, taxativa y fundadamente pueden ser lesionados [23].

Este principio que –como apunta la jurisprudencia alemana– tiene rango constitucional, derivado de los arts. 43º y 1º de nuestra ley fundamental, es inherente al Estado de Derecho, a la idea de dignidad de la persona y a la esencia de los derechos fundamentales y se subdivide en

[23] PEDRAZ PENALVA, Ernesto: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», en: *Poder Judicial*, 2º Epoca, Nº 17, Madrid, 1990, p. 79.

tres subprincipios: *adecuación, necesidad y subsidiaridad,* que constituyen los denominados requisitos intrínsecos del principio de proporcionalidad [24]. La jurisprudencia española, siguiendo lo dispuesto por la Convención Europea de Derechos Humanos, ha introducido una última exigencia: la motivación de la decisión judicial que acuerde la medida cautelar, o sea ha impuesto dos requisitos extrínsecos: jurisdiccionalidad y motivación de la medida cautelar.

El art. 132º del CPP de 1991 incorpora este principio al establecer que "*la libertad personal y los demás derechos fundamentales ... sólo podrán ser restringidos cuando fuera absolutamente indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley*". De igual manera, el art. 30º de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que; *"las restricciones permitidas... al goce y ejercicio de los derechos y libertades ..., no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".*

Un presupuesto de la proporcionalidad es la *legalidad.* A su vez la legalidad es de carácter formal y material. El presupuesto formal o de tipicidad procesal (*nulla coactio sine lege),* exige que toda medida limitativa de los derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. El art. 2º, 24, 'b', de la Constitución, entre otros puntos, precisa que "no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, *salvo en los casos previstos por la ley*". La ley, a semejanza de la legalidad penal, debe cumplir tres requisitos: que sea escrita, estricta y previa (esta última entendida como ley vigente en el momento del proceso, salvo que se trate de disposiciones más favorables al imputado, art. IX, primer párrafo, del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991).

El presupuesto material, o justificación teleológica, consiste en que toda medida restrictiva de derechos que la ley impone debe orientarse hacia un fin legítimo (control referido a la interdicción de la arbitrariedad). Según GONZALES–CUÉLLAR SERRANO, dos son los requisitos que debe cumplir toda restricción de derechos: **a)** que se deba proteger o preservar otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente prote-

[24] GONZALES–CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Colex, Madrid, 1990, pp. 51 y 55.

gidos; y, **b)** que los fines sean socialmente relevantes, tal como lo ha reclamado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *"Caso Norris"*, de 26 de octubre de 1988; relevancia que puede estar explícitamente prevista en la Constitución (v. gr.: esclarecimiento de un delito, en el caso de la detención incomunicada, art. 2º.24. 'g' Const.) o ser deducible del conjunto de valores de una sociedad o de la necesidad social imperiosa en su imposición [25].

El sub–principio de *adecuación* significa que la medida adoptada debe ser congruente o apta para alcanzar el objetivo pretendido, que debe ser constitucionalmente relevante. Este sub–principio se traduce en la exigencia de una adecuación estricta entre el fin legal (previsto por la ley) que se persigue y los medios elegidos para su realización.

*La medida cautelar ha de estar en adecuada relación con la entidad y trascendencia del hecho que se imputa al encausado.*

El sub–principio de *necesidad* responde al interrogante de si la medida adoptada es la precisa para asegurar el respeto de la ley o del interés público y de si dicha medida no va más allá de lo estrictamente necesario para ser eficaz. Mediante este sub–principio se busca evitar que se produzca un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza, a cuyo efecto el juez debe realizar un juicio de ponderación entre dos bienes o intereses jurídicamente protegidos, de suerte que el sacrificado debe tener menor significación que el que se trata de garantizar.

*La medida cautelar que en concreto se adopte debe ser precisamente la necesaria para alcanzar de modo eficaz el objetivo previsto.*

El sub–principio de *subsidiaridad* responde a la pregunta de si aun siendo la medida en cuestión adecuada y necesaria, no existe otra que sea menos lesiva para el interés privado. Se trata de la denominada "alternativa menos gravosa". La satisfacción del interés general ha de poder ser alcanzada en este caso por una medida igualmente eficaz en comparación con otra, pero que lesione con menor intensidad los intereses privados.

---

[25] GONZALES–CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pp. 104–105.

*La medida cautelar, resultando menos gravosa, debe ser asumida por el sujeto pasivo de la misma.*

La *motivación* es necesaria tratándose de restricción de derechos fundamentales. ARANGÜENA FANEGO ha expuesto que el Tribunal Constitucional español en dos fallos remarcables sostuvo adecuadamente que: **a)** que la motivación tiende a expresar la ponderación de la necesidad de la medida y de su proporcionalidad (STC Nº 53/1986, de 5 de mayo de 1986); y, **b)** que la motivación permite la posterior fiscalización de la legitimidad del acto mismo por los Tribunales de Justicia (STC Nº 62/1982, de 15 de octubre de 1982) [26].

*El imputado tiene derecho a que la medida que se le impone lo sea mediante resolución motivada que le permita tomar razón de los motivos por los que se limita su derecho, posibilitando asimismo su eventual fiscalización por los tribunales de justicia.*

La motivación de las resoluciones judiciales es un principio de la función jurisdiccional, de rango constitucional (art. 139º.5 Const.), que a su vez el art. 133º del CPP de 1991 la exige al conjunto de medidas cautelares.

*D. La regla* "rebus sic stantibus". *La variabilidad*

Las medidas cautelares, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación –en tanto perdura el proceso principal– estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.

Los presupuestos de la medida cautelar responden a una determinada situación de hecho que el órgano jurisdiccional consideró existente en el momento de adoptar la medida. Esta situación de hecho puede sufrir modificaciones a lo largo del proceso, que necesariamente determinan un cambio en los presupuestos de la medida cautelar y, a su vez, una variación de la medida adoptada. En tanto la medida cautelar persigue asegurar el valor eficacia del procedimiento y combatir las situaciones de peligro, opina Javier VECINA CIFUENTES, es que las resoluciones

[26] ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., p. 132.

judiciales son susceptibles de alteración, variación y aun revocación, en tanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó [27].

Precisamente, el art. 134º del CPP de 1991 contiene expresamente esta regla de la variabilidad, al estipular que "*las medidas coercitivas y los autos que las desestimen son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo*".

Es de acotar que tratándose de medidas cautelares personales, además de su *revocación*, que procederá cuando la *sospecha de comisión de un delito* quede eliminada, es posible su sustitución por otras medidas cuando varíen las razones que fundamentaron su imposición, especialmente centradas en la posibilidad de reconducir típicamente el hecho imputado en atención a una menor entidad del injusto o de culpabilidad por el hecho o en la disminución del peligro para los fines del proceso (v. gr.: detención por libertad provisional, art. 182º CPP de 1991). Esto no sucede con las medidas cautelares reales, pues la modificación de las circunstancias de hecho que determinaron su imposición conlleva en todo caso su revocación, sin posibilidad de sustitución por otra medida distinta, desde que el *peligro por la demora*, según se examinará más adelante, viene dado simplemente por el necesario transcurso del tiempo hasta que recaiga la resolución final.

Un problema derivado de la regla *rebus sic stantibus* es si las resoluciones que se pronuncian sobre la pretensión cautelar producen o no los efectos de la cosa juzgada. La doctrina mayoritaria le resta estos efectos. Dos son los motivos de esa posición: **a)** la cosa juzgada implica la irrevocabilidad de la resolución por haber ésta adquirido firmeza al precluir los medios de impugnación previstos legalmente para atacarla; **b)** El carácter de irrevocabilidad de la cosa juzgada es contrario a la función de las medidas cautelares que las hace esencialmente modificables.

Sobre el particular es de acotar, en primer lugar, que la resolución cautelar produce los efectos de la cosa juzgada formal cuando adquiere firmeza por no existir o haber precluido la posibilidad de utilizar contra ella los medios de impugnación legalmente previstos, resultando imposible

[27] VECINA CIFUENTES, Javier: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 1994, p. 45.

a partir de allí obtener del juez su reforma; en segundo lugar, que si bien las medidas cautelares son variables, esta variabilidad se circunscribe a la modificación de los presupuestos por hechos posteriores, no siendo posible que vuelvan a ser examinados los presupuestos que se tuvieron en cuenta y fueron examinados en la resolución firme [28]. Por consiguiente, las resoluciones cautelares producen cosa juzgada sujeta a límites temporales.

*E. La jurisdiccionalidad*

En tanto las medidas cautelares tienden a asegurar la efectividad práctica de la sentencia y están previstas en interés del buen funcionamiento de la administración de justicia, la jurisdiccionalidad es una característica propia de aquéllas. La adopción de medidas cautelares implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de ahí que constituya una potestad claramente jurisdiccional y, por lo tanto, se encuentra reservada con carácter exclusivo al Poder Judicial [29]. El art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991, ratifica esta posición.

Las medidas cautelares deben ser jurisdiccionales porque es una consecuencia directa de la instrumentalidad de las mismas, razón por la cual su adopción está vedada a las autoridades administrativas. De igual manera, en aquellos casos en que se afecte el derecho a la libertad, como se anticipan los efectos de la pena definitiva, ello supone el ejercicio del *ius puniendi*, el cual únicamente corresponde a la jurisdicción (art. 139º.10 Const.).

Sin embargo, esta regla general de la jurisdiccionalidad está sometida a determinadas excepciones. La Constitución permite la detención policial de las personas en casos de flagrante delito (art. 2.24."f", primer párrafo). El Código Procesal Penal de 1991 autoriza a la Policía a secuestrar bienes en casos de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración (art. 106º.11), igualmente faculta al Ministerio Público a secuestrar cautelarmente bienes y clausurar e inmovilizar locales o bienes muebles de grandes dimensiones, en casos de flagrancia o de "peligro por la demora" (arts. 160º y 171º).

---

[28] VECINA CIFUENTES: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 45–49.

[29] VECINA CIFUENTES: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, cit., p. 50.

En todo caso, como sostiene C. U. DEL POZZO, las excepciones deben someterse a los siguientes requisitos: **a)** adopción tan sólo en los casos expresamente señalados en la Ley; **b)** naturaleza provisionalísima de las afectaciones que se decreten; y, **c)** necesidad de su convalidación posterior por parte de la autoridad judicial y, en caso contrario, anulación automática de sus efectos [30].

Los supuestos fijados tanto en la Constitución cuanto en el Código Procesal Penal de 1991, bajo la inspiración en este último caso del Código Modelo para Iberoamérica, pueden subsumirse dentro de estos tres aspectos señalados. La ley prevé los casos en que procede y, además, impone determinadas condiciones para su imposición (flagrancia, peligro por la demora, etc.); las medidas no sólo son provisionalísimas, sino que están sujetas a un término puntual; y, el juez debe pronunciarse sobre ella, ya sea –en el primer caso– dictando mandato de detención o –en el segundo caso– expidiendo la resolución autoritativa o denegatoria que corresponda.

## IV. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La estructura de la norma procesal configuradora de una medida cautelar es la misma de otras normas jurídicas. En consecuencia, según ORTELLS RAMOS, la norma procesal cautelar prevé, en primer lugar, un supuesto de hecho, unos *presupuestos*; y, en segundo lugar, ordena que se desarrollen unas consecuencias jurídicas, unos *efectos* [31].

El primer presupuesto de la medida cautelar consiste en la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida. Se trata del *fumus boni iuris* o apariencia o justificación del derecho subjetivo, conforme enseña GIMENO SENDRA, en el proceso penal, es la "*razonada atribución del hecho punible* a una persona determinada". El presupuesto material es la imputación, sin ella no existe la posibilidad de adoptar medidas cautelares [32]. El juicio de probabilidad o de prueba semiplena

---

[30] Citado por ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 52.

[31] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit. T. II *(Proceso civil, 2ª)*, p. 263.

[32] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal*, 4ª. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992, T. II (*Proceso penal*), p. 346.

que sustenta el cumplimiento de este presupuesto se funda en los resultados de los actos de investigación del procedimiento preliminar o de la actividad policial o fiscal previa al mismo.

El segundo presupuesto de la medida cautelar se integra por aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, por la necesaria demora en emitirla, y que la medida cautelar se dirige a conjurar. Se trata del "*periculum in mora*" o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento que está determinado por el peligro de fuga o de ocultación personal o patrimonial del imputado. A juicio de CALAMANDREI, dos son los elementos de este presupuesto: **a)** el tiempo de demora en la expedición de la resolución final [*el retraso*]; y, **b)** durante ese lapso de tiempo pueden realizarse acciones o acontecer hechos que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de la resolución principal [*daño marginal por la demora*] [33]. A su vez el *periculum in mora*, según puede desprenderse de lo expuesto, consta de dos notas características: la inminencia y la irreparabilidad, que deben concurrir en el daño causado por la demora de la sentencia y que conducen a una tutela cautelar rápida o urgente.

El *peligro de fuga u ocultación*, sin duda alguna, se acrecienta cuando la futura pena a imponer sea más grave, pero –aclara GIMENO SENDRA– debe conjugarse con otros criterios, tales como la inexistencia o no de antecedentes penales o el arraigo familiar y social del imputado [34]. Este presupuesto, sin embargo es el que define la medida cautelar y la torna razonable. Si sólo fuere suficiente el *fumus boni iuris* –que, por lo demás, es un requisito propio de la interdicción de la arbitrariedad en cuanto elemento esencial del Estado de Derecho (art. 44º Const.)–, tal medida sería inconstitucional por afectar la presunción de inocencia (art. 2º.24."e" Const.), desde que para imponer una restricción definitiva de un derecho fundamental se requiere una condena firme. La función cautelar, en tanto garantiza que la efectividad de la sentencia, constituye, al decir de ORTELLS RAMOS, una justificación razonable de la medida [35].

---

[33] CALAMANDREI: *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, cit., p. 18.

[34] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 346.

[35] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 541.

## V. EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El segundo componente de la norma que configura una medida cautelar son los efectos jurídicos. Éstos constituyen el contenido de toda medida cautelar, aquello en lo que consiste. Los efectos que pueden tener las medidas cautelares, postula ORTELLS RAMOS, son: de aseguramiento, de conservación, e innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal [36].

1. Los *efectos de aseguramiento* se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, en su momento, pueda efectivizarse la sentencia principal. Esta clase de efectos no producen una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal (v. gr.: embargo preventivo de bienes).

2. Los *efectos de conservación* constituyen una mayor injerencia en la esfera jurídica del sujeto pasivo de la medida, aproximándose a un efecto de satisfacción de la pretensión (v. gr.: suspensión de acuerdos de una sociedad).

3. Los efectos *innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión* importan la introducción de una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido (v. gr.: ministración provisional de la posesión).

En el proceso penal, los efectos de las medidas cautelares están en función a las clases de medidas que existen, si son reales o personales. Las primeras pueden tener efectos de mero aseguramiento (v. gr.: embargo, secuestro o incautación), de conservación de una situación pero no como simple aseguramiento, que buscan evitar el riesgo de que la demora permita la comisión de conductas o hechos que imposibiliten o dificulten la concreta posibilidad de actuación de la sentencia (v. gr.: los secuestros de ejemplares ilícitos en los delitos contra los derechos de autos, art. 221º del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo Nº 822), y efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión (v. gr.: clausura de establecimiento que atenta contra el ambiente, art. 314º del Código Penal; y, ministración provisional de la posesión,

[36] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. II *(Proceso civil, 2º)*, pp. 268–269.

Decreto Legislativo Nº 312). Las segundas, en cambio, sólo tienen efectos de aseguramiento, pues cualquier anticipación en satisfacer el *ius puniendi* colisionaría con el derecho a la presunción de inocencia.

## VI. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La doctrina reconoce dos tipos de medidas cautelares penales: las personales y las reales o patrimoniales. José TOMÉ PAULE puntualiza que las primeras pretenden asegurar la presencia física del imputado en el proceso, mientras que las segundas pretenden impedir la insolvencia sobrevenida del presunto responsable o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito y asegurar las acciones civiles derivadas del delito [37].

Las medidas cautelares personales tienen una mayor importancia en el proceso pues afectan la libertad personal, que es un derecho fundamental reconocido en el art. 2º de la Constitución. El derecho a la libertad personal puede ser afectado de modo diverso. Así tenemos:

1º La detención preliminar.

2º La detención judicial.

3º La comparecencia.

4º El arraigo o impedimento de salida.

Las medidas cautelares reales pueden afectar o bien la conservación de los efectos o instrumentos del delito para asegurar la restitución de las cosas que la ley exige (art. 102º del Código Penal), o bien para evitar una insolvencia que haría imposible la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito (art. 93º del Código Penal). Son:

1º El embargo.

2º El secuestro o incautación y la exhibición forzosa de cosas.

3º La inmovilización de cosas muebles.

4º La ministración provisional de la posesión.

5º La suspensión de la actividad contaminante.

---

[37] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 256.

## VII. ACTIVIDAD PROCESAL

El procedimiento cautelar, como ya se ha expuesto, está sometido a un trámite sumario, de extrema brevedad para la adopción de la resolución cautelar. Es de destacar en este rubro lo referente a la polémica existente entre el principio de oficialidad y el principio de demanda, y lo relativo al régimen del debate contradictorio.

Un primer problema se deriva de la legitimación de las partes para solicitar medidas cautelares y del papel del juez sobre el particular.

La adopción de las medidas cautelares en el Código de 1940 y, en menor medida, en el Código de 1991 se somete al *principio de oficialidad.* El art. 134º del Código de 1991 dispone expresamente que éstas se dictan de oficio. Además, la petición que puedan formular las partes no es vinculatoria al juez, quien inclusive puede acordar una medida más o menos intensa del derecho fundamental cuya restricción se pide.

El Ministerio Público, en atención a su condición de titular de la acción penal y promotor de la justicia (art. 159º, incs. 1 y 5, de la Const.) está legitimado para solicitar todo tipo de medidas cautelares. De modo genérico el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Penal reconoce esta legitimación al precisar que cuando fuera indispensable una decisión jurisdiccional (ya hemos visto que una característica de toda medida cautelar es la jurisdiccionalidad) la requerirá al juez penal.

El art. V del Título Preliminar del Código de 1991 prescribe que corresponde al Fiscal requerir al juez decisiones cautelares y coercitivas en general. De modo específico, la LOMP señala que el Fiscal Provincial puede solicitar embargos (art. 95º.2); el art. 146º del citado Código autoriza al Fiscal a solicitar el mandato de impedimento de salida, de igual manera lo hacen los arts. 156º, 167º y 174º de dicho Código para el impedimento de salida, la clausura de locales, la inmovilización de cosas muebles y el embargo.

El embargo es la única medida cautelar que, además de poder ser requerida por el Ministerio Público, puede ser solicitada por la parte o el actor civil (art. 174º del Código Procesal Penal de 1991). El Decreto Legislativo Nº 312, igualmente, permite al actor civil solicitar la ministración provisional de posesión. Esta restricción a la parte civil se encuentra expresamente recogida en el art. 138º del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995. La justificación de la mencionada limitación,

circunscrita desde luego a los delitos de ejercicio público de la acción penal –en los delitos de ejercicio privado de la acción penal la víctima no sólo autoriza la iniciación de la causa penal, también le corresponde su persecución–, estriba en que la parte civil o el actor civil limita su interés en el proceso a la satisfacción de la cuestión civil, es decir, a la reparación civil (art. 86º del Código Procesal Penal de 1991), consecuentemente, sólo tiene legitimidad para pedir aquellas medidas cautelares que tiendan a satisfacer ese interés patrimonial derivado del delito: embargos, ministración de posesión, secuestros de bienes de su propiedad en poder del imputado; las medidas cautelares personales, en tanto están prefiguradas para asegurar la presencia física del imputado, no guardan correspondencia con el objeto accesorio del proceso. Una excepción a esta regla, sin duda alguna irrazonable a la luz de los antecedentes expuestos, es el requerimiento de mandato de detención contra el imputado en situación de comparecencia cuando haya variado los presupuestos que determinaron su imposición (art. 139º CPP).

Otra nota distintiva del procedimiento cautelar es la ausencia de debate contradictorio para dictar una medida cautelar, incluido en nuestro derecho procesal por el art. 314º, segundo párrafo, del Código de 1991. Sin embargo, dicha norma no impone el dictado de esta medida sin audiencia de parte en todos los casos, sino cuando este traslado o audiencia "... *hiciera peligrar su finalidad*".

Lo expuesto obliga a imponer el traslado previa a la resolución sobre la medida, siempre y cuando el contradictorio no haga ineficaz o ponga en serio riesgo la efectividad de la medida. Un tema de especial discusión radica en la imposición de la detención judicial, desde que en aquellos modelos legislativos que tienen en primer lugar una detención dictada por el juez penal y, luego, una detención definitiva o prisión provisional –como era el caso del modelo originario del Código de Procedimientos Penales de 1940–, es absolutamente imprescindible, vistas sus consecuencias, el previo traslado y debate para acordarlo.

Resulta interesante al respecto, en atención a la introducción del principio de contradicción, lo dispuesto por la Ley Orgánica española 5/1995, de 22 de mayo, que incorporó una norma al art. 504º a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la bis 2. Allí se establece que en el plazo de 72 horas de que el imputado contra quien el juez hubiere dictado mandato de detención fuere puesto a disposición del Juez, se citará a una audiencia con la asistencia de las partes, en la cual se ofrecerán las pruebas que

puedan practicarse en el acto o dentro de las 24 horas, sin rebasar nunca las 72 horas, luego de lo cual el juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisional. Si ninguna de las partes lo instare, el juez necesariamente acordará la cesación de la detención.

La norma en referencia no sólo respeta el principio de contradicción, a través de una audiencia formal con asistencia de las partes, sino asume el principio de demanda o petición de parte: si las partes no instan la prisión provisional, el juez debe acordar la cesación de la detención. El principio acusatorio, de este modo, se ve claramente reforzado y, con él, el principio del debido proceso (art. 139º.3 de la Constitución).

# CAPÍTULO XXXVII
# LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

SUMARIO: **I.** Aspectos generales. **II.** La detención preliminar: 1. Concepto. 2. Presupuestos. 3. La flagrancia delictiva. 4. El plazo de la detención preliminar. 5. Casos especiales de detención preliminar. 6. Control de la detención preliminar policial. 7. La aprehensión por los particulares. 8. La detención por orden judicial. **III.** La detención judicial: 1. Concepto y función. 2. Presupuestos materiales. 3. Presupuestos formales. 4. Modalidades de detención judicial. 5. Duración de la detención judicial. 6. Recursos contra la detención judicial. 7. Detención judicial y parámetro de los cuatro años. **IV.** La comparecencia: 1. Aspectos generales. 2. La comparecencia simple. 3. La comparecencia restrictiva. **V.** El impedimento de salida. **VI.** Las medidas preventivas personales: 1. Aspectos generales. 2. Las medidas interdictivas. 3. El internamiento provisional del anormal psíquico.

## I. ASPECTOS GENERALES

Constituye una afirmación esencial en el moderno constitucionalismo que la libertad personal es uno de los bienes jurídicos de mayor jerarquía axiológica, sólo la vida lo supera. Por consiguiente, la garantía de la libertad se erige como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho. En este orden de ideas, el art. 2º, inc. 24º, de la Constitución nacional consagra a la libertad y seguridad personales como un derecho fundamental, que sólo se puede restringir por expresa disposición jurídica con rango de ley.

El proceso penal, destinado a la aplicación del *ius puniendi* del Estado (art. 139º.10 Const.) es desde esta perspectiva, en expresión de RAMOS MÉNDEZ, la salvaguarda de la libertad y de la convivencia en nuestra sociedad [38]. Para su configuración, según doctrina uniforme, la legisla-

[38] RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional,* cit., p. 265.

ción ordinaria debe tener en consideración, de un lado, el necesario aseguramiento del orden con la prevención general y, de otro lado, la defensa de la esfera de libertad del ciudadano. Fruto de esta tensión es la institución de las medidas cautelares, de suerte que si a lo expuesto se agrega la proclamación constitucional del derecho a la libertad, es del caso concluir junto con Luigi BONAVOLONTÀ, que en este último período se ha visto prevalecer la exigencia de libertad sobre la autoridad [39].

La restricción de la libertad en el curso de un proceso penal sólo puede justificarse por la necesidad de garantizar la sujeción de una persona para que en su momento pueda hacerse efectiva las consecuencias jurídicas del delito por el que se la condene. El objeto preponderante de las medidas cautelares penales son las personas, sin que se desconozca que también recaen sobre las cosas. A esto se debe, a juicio de GÓMEZ ORBANEJA, que las medidas cautelares penales tengan un matiz marcadamente personalista [40].

La libertad del ciudadano es la regla en materia de sujeción al proceso penal. Su restricción no sólo debe estar expresa y acabadamente descrita en una norma con rango de ley (principio de legalidad), sino que debe amoldarse a los postulados de necesidad, adecuación, discrecionalidad y gradualidad, así como al principio de presunción de inocencia. Sólo desde estas premisas se justifica la imposición de restricciones procesales en la esfera de libertad del ciudadano, las que deben arbitrarse equitativamente por el juez con el único objetivo de garantizar la efectividad de una posible sentencia condenatoria. En consecuencia, corresponde a la autoridad judicial formular un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y condicionada a las circunstancias concurrentes al caso concreto.

Las medidas cautelares, como sabemos, tienen por objeto garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, del *ius puniendi*, impidiendo que el imputado evada la acción de la justicia. Las medidas que coactan la libertad individual se les califica de *personales*. Suponen, al decir de ARAGONESES MARTÍNEZ, el punto más crítico del difícil equilibrio entre los intereses contra-

---

[39] BONAVOLONTÀ, Luigi: *Nuovo manuale di procedimento penale*, Pirola Editore, Milano, 1994, p. 82.

[40] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 207.

puestos sobre el que gira el proceso penal: respeto de los derechos del imputado vs. eficacia en la represión de los delitos [41].

Las medidas cautelares personales están agrupadas en función a la menor o mayor intensidad de la limitación a la libertad, cuyas exigencias para su imposición variarán en función al riesgo para el proceso y a las constancias probatorias existentes. Así tenemos la detención preliminar y la detención judicial, la comparecencia libre y la comparecencia restrictiva, instituida esta última como alternativa a la detención, y el impedimento de salida.

Es de señalar, con Luigi BONAVOLONTÀ, que el juez al decidir la imposición de una medida cautelar o, en todo caso, su modificación, debe tener en cuenta: **1.** La naturaleza y el grado de la exigencia cautelar que debe satisfacerse en el caso concreto (*principio de gradualidad*); **2.** La gravedad y dañosidad social del delito objeto del proceso penal (*principio de razonabilidad*); **3.** La prioridad que debe darse a la aplicación de medidas menos lesivas a los derechos en tanto resulten adecuadas al fin asegurativo de la institución y que, en caso de transgresión de las prescripciones impuestas al imputado, la sustitución o la acumulación por otras medidas más graves se hará teniendo en cuenta la entidad de la violación, así como el motivo y las circunstancias de la misma (*principios de discrecionalidad y adecuación*) [42].

## II. LA DETENCIÓN PRELIMINAR

### 1. CONCEPTO

El art. 2º, 24, 'f' de la Constitución reconoce dos clases de medidas cautelares de privación de libertad: la detención preliminar, realizada por las autoridades policiales, y la detención judicial. La primera ha sido desarrollada acabadamente por el texto fundamental, al precisar el motivo, el plazo y el control de dicha detención. La segunda está apenas

[41] En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 382–383.

[42] BONAVOLONTÀ: *Nuovo manuale di procedimento penale*, cit., p. 83.

insinuada, pues la norma fundamental sólo hace mención a sus presupuestos formales, esto es, que debe ser dictada por mandato escrito y motivado del Juez.

La detención preliminar podemos definirla, siguiendo a ORTELLS RAMOS, como la privación de libertad realizada por la policía, de duración determinada por la ley –24 horas o el término de la distancia para los delitos comunes y hasta 15 días para los delitos exceptuados–, practicada con el fin de poner a una persona a disposición del Juez, para que pueda ser ejecutada la detención judicial que, en su caso, se acuerde [43].

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la detención preliminar constituye una potestad de la policía, pues a ella –*prima facie*– le corresponde apreciar los presupuestos legales de su imposición. Se trata, sin embargo, de una potestad orientada al cumplimiento de los fines de un proceso penal a cargo del órgano jurisdiccional y es, en todo caso, una consecuencia del carácter de *competencia a prevención* que corresponde a los poderes policiales por imperio de los arts. 159º.4 y 166º de la Constitución (investigación del delito bajo la conducción jurídica del Ministerio Público). *Como excepción al principio de jurisdiccionalidad previa, puede ser acordada y practicada sin un precedente mandato judicial.*

La detención preliminar policial, señala GIMENO SENDRA, es una medida cautelar porque es realizada en función de la incoación de un proceso penal, preordenada a garantizar la futura aplicación del *jus puniendi* y, de modo inmediato, a proporcionar al juez el primer sustrato fáctico para el inicio de la instrucción formal y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares que correspondan [44]. La detención preliminar policial es, en consecuencia, instrumental respecto de la detención judicial. ORTELLS RAMOS, siguiendo a DE LUCA y FOSCHINI, acota al respecto que precisamente por tener esa característica de instrumentalidad "en segundo grado" está considerada como una medida precautelar [45].

Estamos, en el presente caso, ante una *detención pre–procesal por razones de punibilidad*, de infracción penal, para diferenciarla de otras clases

---

[43] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 545.

[44] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 354.

[45] ORTELLS RAMOS: «Las medidas cautelares en el proceso penal», cit., p. 468.

de detención preliminar, justificadas en todo caso por lo dispuesto en el art. 2º, 24, 'b' de la Constitución que exige la cobertura de una ley para la restricción de la libertad personal (principio de reserva de ley). Las otras modalidades de detención que el derecho comparado reconoce, explica César HERRERO HERRERO, son las siguientes: **1.** La detención *funcional–operativa,* que importa una restricción menor de la libertad –en rigor, de la facultad ambulatoria–, destinada a cumplimentar las exigencias más inmediatas y elementales de la norma, como por ejemplo el requerimiento de identificación de las personas; **2.** La detención *funcional–preventiva,* que es la privación de libertad de una persona ordenada con el fin de evitar la producción de un resultado lesivo determinado para los intereses de la comunidad o para impedir la ineficacia de una norma de derecho público no penal inmediatamente quebrantada, como por ejemplo el internamiento de un incapaz o la detención por razones sanitarias; **3.** La detención *procedimental–administrativo para fines de extradición pasiva,* que es la privación de libertad de una persona ordenada por la autoridad competente con el fin de contribuir al éxito de un procedimiento administrativo sancionador –expulsión de extranjeros– o de contribuir al auxilio de la justicia de otro país –extradición pasiva– [46].

## 2. PRESUPUESTOS

Los presupuestos de la detención preliminar, como toda medida cautelar, son: la imputación (*"fumus boni iuris"*) y el peligro de fuga (*"periculum in mora"*).

### *A. La imputación*

La procedencia de la detención queda legalmente condicionada a que el imputado se encuentre en flagrancia delictiva. Es su presupuesto material previo, el cual exige un título de imputación contra una persona determinada. Sin flagrancia delictiva no hay detención legal (art. 2º.24. 'f' de la Constitución y 106º.8 del Código Procesal Penal de 1991). Su infracción constituye delito contra la libertad personal, previsto y sancionado en el art. 152º.3 del Código Penal.

---

[46] HERRERO HERRERO, César: *La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación,* Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 18–23.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el *"Caso Francisca Acosta Agüero"* sentó la doctrina correcta. Precisó que la Constitución sólo prevé la detención policial de oficio si media flagrante delito –previsión que se extiende incluso a los delitos exceptuados–, por lo que si la privación de libertad no se produce en situación de flagrante delito, más allá de las previsiones de la legislación especial, que no enerva ni justifica el incumplimiento del art. 2º.24.'f' de la Constitución, deviene arbitraria [47]. Doctrina jurisprudencial que, en rigor, reiteró una anterior pronunciada en el *"Caso Manuel Santiago Solari Morgan"* [48], que precisamente se dictó en un supuesto de imputación por presunto delito de tráfico ilícito de drogas.

*B. Peligro de fuga*

Pareciera que el texto constitucional sólo exige la imputación. Empero, la naturaleza jurídica de toda medida cautelar impone tener presente que la Policía, de las circunstancias de hecho o de la personalidad del imputado, pueda presumir que se sustraerá de la actividad de la justicia. A partir de este presupuesto, indispensable por la propia configuración de toda medida cautelar, es posible sostener –sobre la base del principio de proporcionalidad– que inicialmente y de modo general no habrá tal peligro tratándose de faltas y delitos leves.

3. LA FLAGRANCIA DELICTIVA

La *flagrancia delictiva* es el eje o condición previa que legitima la detención preliminar policial. Basta leer el nuevo texto constitucional para concluir que la policía no tiene otra opción para detener sin orden judicial previa que la flagrancia delictiva, sea cual fuere el delito objeto de investigación. Así es de concluyente la Constitución y con ella, por ejemplo, Francisco EGUIGUREN PRAELI [49]. Al respecto, la Sala Superior de Derecho Público, en el *"Caso Chumpitaz Porras"*, sancionó que la policía no tiene facultades para detener a las personas si no media flagrancia delictiva en la comisión del delito [50].

---

[47] STC de 2 de julio de 1998, Exp. Nº 1004–98–HC/TC, Huánuco (*El Peruano*, Lima, 23 de setiembre de 1998, pp. 1187–1188).

[48] STC de 18 de junio de 1998, Exp. Nº 596–98–HC/TC, Lima.

[49] EGUIGUREN PRAELI, Francisco: «Libertad personal, detención arbitraria y hábeas corpus: Las novedades de la Constitución de 1993», en: *Temas Constitucionales*, Nº 11, Lima, 1995, pp. 24–25.

[50] Exp. Nº 1145–96–Lima, de 30 de octubre de 1996.

Se entiende por delito flagrante aquel cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo. Jesús ZAMORA–PIERCE, precisa que *flagar* (del latín *flagrare)* significa arder o resplandecer como fuego o llama, de manera que, etimológicamente, el término *delito flagrante* se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito [51].

Sara ARAGONESES MARTÍNEZ señala que el concepto de delito flagrante está condicionado por tres requisitos: **1.** *inmediatez temporal:* que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes; **2.** *inmediatez personal:* consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho; y **3.** *necesidad urgente:* de tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente [52].

Resulta muy importante tener presente que si bien la Constitución no ha definido de modo directo o expreso lo que debe entenderse por "delito flagrante", ello no significa que tal concepto deba considerarse vacío de todo contenido y a merced de la libre determinación del poder público. Es interesante al respecto, vista la similitud normativa con la Constitución española en lo atinente al delito flagrante, lo estatuido por la Sentencia de su Tribunal Constitucional Nº 341/1993, de 18 de noviembre, que señala: *"A los efectos constitucionales resulta inexcusable reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito... Las connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el art. 18.2 de la norma fundamental [art. 2º, incs. 9 y 24 literal 'f' de la Constitución nacional] ...".*

---

[51] ZAMORA–PIERCE, Jesús: *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 1991, p. 26.

[52] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 367.

La Corte Suprema ha desarrollado una noción restringida de delito flagrante, en los poquísimos casos que se ha pronunciado al respecto. En una decisión señaló que la flagrancia delictiva "...comprende la hipótesis de descubrirse al autor en el momento en que lo comete o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber delinquido" [53].

Por otro lado, nuestra Constitución no reconoce otra excepción puntual al mandato judicial para detener a las personas que sin embargo sí acepta el derecho comparado: la *urgencia.* Esta excepción, como por ejemplo lo estipula el art. 16º de la Constitución de México, consiste en una facultad de la policía para detener, que al decir de ZAMORA–PIERCE, está sometida a 4 condiciones: **1.** Que se trate de un caso urgente *[se tiene conocimiento de la comisión de un delito y que el delincuente, después de cometido el delito, se encuentra en un lugar determinado y es necesaria su aprehensión inmediata, porque se teme su fuga].* **2.** Que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial [*por razones de lugar o de tiempo sea imposible acudir al juez para recabar el mandamiento judicial*]. **3.** Que se trate de delitos que se persiguen de oficio. **4.** Que la autoridad policial ponga al detenido inmediatamente a disposición del Juez [54].

Las precisiones que se han hecho respecto a la flagrancia delictiva están incorporadas en el art. 106º.8 del Código Procesal Penal de 1991. La detención policial –o la "captura"– de los presuntos autores y partícipes sólo es posible en caso de flagrancia. *Hay flagrancia* –sanciona el Código siguiendo al Código de Procedimiento Penal de Italia– *cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido delito o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo.*"

La actualidad de la comisión delictiva está representada por lo que se ha denominado *inmediatez temporal.* El otro requisito, la *inmediatez personal,* está representada por la presencia del imputado en el teatro de los hechos. La *evidencia* –en cuanto connotación propia de la flagrancia– surge del hecho que la autoridad policial presencia la ejecución del delito, total o parcialmente, o advierte –en atención a la temporalidad y

[53] Ejecutoria suprema de 16 de febrero de 1984, Exp. Nº 319–84, Lima (BRAMONT ARIAS, Luis: *Acciones de garantía,* Editorial Imprenta Marcos, Lima, 1984, pp. 41–43).

[54] ZAMORA–PIERCE: *Garantías y proceso penal,* cit., pp. 29–30.

aun cuando no ha presenciado el propio acto delictivo– que el delincuente viene de ejecutarlo en esos momentos.

La *urgencia*, como tal y aun cuando no está positivizada, dice de la necesidad de una intervención inmediata de la policía y del peligro de fuga, pues de otro modo –si ha de esperarse la orden judicial– el imputado se sustraería a la actividad de la justicia. Ello exige, como se ha sostenido, que el delito debe tener una entidad determinada, que –*prima facie*– haga temer que el delincuente no estará a disposición de la justicia.

Por lo general, en atención a las necesidades de la actividad policial, apunta Carlos SALIDO VALLE, no sólo abarca el momento mismo de la comisión del delito (*flagrancia en sentido estricto*), sino también los inmediatos posteriores (*cuasiflagrancia*), es decir, cuando ha transcurrido un escaso lapso de tiempo entre el momento de la comisión y aquel en que es iniciada la persecución o es sorprendido con los efectos o instrumentos del delito; en estos casos el delincuente es perseguido inmediatamente después de cometer el delito y es sorprendido con efectos e instrumentos que infundan sospecha vehemente de su participación en un delito que se acaba de cometer [55].

## 4. EL PLAZO DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR

La detención es la más transitoria de las medidas cautelares en el proceso penal, al punto que –según explica Daniel R. PASTOR– tiene por finalidad, fundamentalmente, la presentación del imputado para interrogarlo acerca del hecho punible por el cual se lo persigue [56]. Por esto la ley se ha encargado de fijar un límite estricto a su duración. Desde la perspectiva constitucional, la formulación más exacta de ese límite tiene su reflejo en el citado art. 2º.24.'f' de la norma fundamental, que fija dos medidas según el delito: **1.** Hasta 24 horas o el término de la distancia, en los delitos ordinarios. **2.** Hasta 15 días, en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. La regla de excepcionalidad de la restricción de la libertad personal, consagrada por el art. 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el principio de propor-

[55] SALIDO VALLE, Carlos: *La detención policial*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 60–61.

[56] PASTOR, Daniel R.: «El encarcelamiento preventivo», en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 52.

cionalidad permiten sostener que el plazo de la detención está circunscrito al "*tiempo estrictamente necesario*" para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, luego de lo cual y –en todo caso– al vencimiento del plazo, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del juez con el Atestado Policial respectivo y con la decisión fiscal de promoción de la acción penal (art. 94º.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

La naturaleza "provisionalísima" de la detención preliminar explica el tiempo limitado que le impone la Constitución. En tal virtud, cuando se hace mención a la noción *"esclarecimiento de los hechos"* o *"... investiga ... la delincuencia"* (art. 166º Const.), ello no significa que la Policía deba realizar la totalidad de los actos de investigación, que por lo demás constituyen la función propia de la instrucción formal. Se trata, como apunta José TOMÉ PAULE, de realizar aquellos actos de investigación limitados tanto al reconocimiento de identidad y la declaración del detenido, que son diligencias de carácter urgente, cuanto a la práctica de las diligencias necesarias para descubrir a los delincuentes y recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito para ponerlas a disposición de la autoridad judicial [57].

## 5. CASOS ESPECIALES DE DETENCIÓN PRELIMINAR

La legislación penal especial en materia de control de drogas prohibidas y terrorismo autorizan a la Policía a detener hasta por 15 días. Así tenemos, los arts. 71º, inc. 'a', del Decreto Ley Nº 22095, de 21 de febrero de 1978, y 12º, inc. 'c', del Decreto Ley Nº 25475, de 6 de mayo de 1992.

La primera norma estipula: *"en la investigación del delito ..., la Policía ... podrá adoptar las siguientes medidas: a) efectuar la detención preventiva de los traficantes, cómplices o encubridores por un término no mayor de 15 días, con conocimiento del Juez Instructor"*.

La segunda norma prevé: *"En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes: c) efectuar la detención de los presuntos implicados, por el término no mayor de quince días naturales, dando cuenta en el plazo de 24 horas por escrito al Ministerio Público y al Juez Penal correspondiente"*.

---

[57] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 249.

Si bien ambas normas hacen referencia expresa al plazo de detención, ¿significa que dichas normas no exijan el presupuesto de la imputación, es decir, de la flagrancia delictiva? Constitucionalmente este presupuesto, como se ha precisado, es sustancial para legitimar la detención preliminar policial: no basta que el delito sea grave y que la ley prevea la detención a título de potestad policial, se requiere un dato evidencial o probatorio que lo justifique. En el caso de la detención, el análisis se focaliza –por imperativo constitucional– en la flagrancia delictiva. El hecho de tratarse de delitos que presuponen, en una gran parte de supuestos, la intervención de organizaciones delictivas, no excepciona el presupuesto constitucional de la flagrancia delictiva. Recuérdese que nuestra norma fundamental no ha incorporado la excepción de la urgencia como otro supuesto habilitante o título de imputación para la detención *ex officio* de la policía.

El principio de proporcionalidad, en cuya virtud se debe fijar un parámetro decisional que haga factible la medida restrictiva de un derecho fundamental cuando media necesidad, adecuación y correspondencia con los fines, impide aceptar una interpretación meramente literal de los preceptos en comentario y desconectada de la previsión constitucional. El legislador, a su vez, no puede configurarlos bajo una regla *iure et de iure*, pues como se trata de apreciación de hechos y circunstancias específicas, vinculadas a la factibilidad de una imputación y al peligro de fuga, debe dejar en manos de la autoridad determinar si en el caso concreto concurren los presupuestos de su imposición: legitimidad del fin perseguido y adecuación de los medios.

## 6. CONTROL DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR POLICIAL

La Constitución ha instituido un conjunto de garantías a los ciudadanos en caso de detención por la autoridad policial. En rigor, las mencionadas garantías están dadas para asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de ser sometido a un procedimiento penal, procurando que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado.

El art. 159º de la Constitución dispone que corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal y la conducción desde su inicio de la investigación del delito, teniendo poder de dirección jurídica sobre la Policía en cuanto realiza funciones de policía judicial, es decir, cuando desarrolla o lleva a cabo actos de investigación penal de confor-

midad con el art. 166º de la norma fundamental. En tal virtud, la Ley Orgánica del Ministerio Público estatuye: *primero*, que la intervención orientadora del fiscal en la investigación preliminar importa la comunicación de su iniciación al Fiscal (art. 9º); *segundo*, que la policía debe informarle de la detención de una persona, correspondiéndole en ese caso asegurar su derecho de defensa y los demás derechos que le reconocen la Constitución y las leyes (arts. 10º y 94º.1); *tercero*, que corresponde al Fiscal, a quien se le debe cursar el Atestado Policial con el detenido, decidir el ejercicio de la acción penal, que en caso de ser negativo importará la inmediata libertad del mismo (art. 94º.2).

En este orden de ideas, el Código Procesal Penal de 1991 impone a la Policía, una vez que ha ejecutado la detención de una persona, que le informe de inmediato sobre sus derechos (art. 106º.8, primer párrafo). Esta norma está sustentada en lo dispuesto en los incs. 14 y 15 del art. 139º de la Constitución, que reconocen a los detenidos dos derechos fundamentales: 1. La comunicación, inmediata y por escrito, de las causas o razones de su detención. 2. El nombramiento de un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde el mismo momento de la detención. A su vez, el art. 8º.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable directamente al derecho nacional por imperio de la IV Disposición Final de la Constitución, reconoce otras garantías, tales como el derecho del detenido a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si desconoce el idioma y a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (el art. 2º.24.»h' de la Constitución reconoce el derecho fundamental a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, criminalizando a quien las emplea y declarando sin valor las declaraciones obtenidas por la violencia). Tales disposiciones han sido profundizadas por el art. 68º del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 que, para mayor garantía, impone a la autoridad policial, a los fiscales y a los propios jueces levantar un acta donde consten los derechos que se reconocen a los detenidos, cuya omisión da lugar a la interposición de una acción de tutela jurisdiccional.

En los delitos exceptuados, además de los controles regulares indicados en el párrafo anterior, en atención a las mayores restricciones que se someten al detenido respecto del plazo de duración de la privación de la libertad en sede policial, se ha potenciado el control jurisdiccional. El último párrafo del literal f) del inciso 24 del art. 2º de la Constitución

preceptúa que de la detención se debe "*dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término*" [15 días]. El inc. c) del art. 12º del Decreto Ley Nº 25475 dispone que en la investigación de los delitos de terrorismo la detención debe ser comunicada en el plazo de 24 horas por escrito al Ministerio Público y al Juez Penal. Sin embargo, lo que la ley especial no ha desarrollado son los mecanismos que permitan al Juez adjudicarse la jurisdicción anticipada. Esta omisión legislativa constituye, a no dudarlo, una seria merma en la posición defensiva del imputado y en el control de los órganos jurídicos sobre la actividad policial.

El Código Procesal Penal de 1991 introduce un control adicional del Fiscal respecto de la detención preliminar policial y desarrolla las facultades del Juez en los supuestos de detención en los delitos exceptuados. El art. 108º prevé que el Fiscal al tener conocimiento de la detención, luego de analizar los motivos y circunstancias de la misma, está facultado para disponer la inmediata libertad del detenido cuando no exista flagrancia delictiva (supuesto básico del tipo constitucional), o cuando la medida aparezca claramente desproporcionada (la infracción penal –como ya se postuló– es levísima o leve) o no resulta indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

Inicialmente se pensó que esta cláusula otorgaba un poder desmedido al Ministerio Público y comportaba una limitación irrazonable de las potestades policiales, puesto que –según se argumentaba– la Constitución no concedía tal facultad al Fiscal. Esta concepción, sin embargo, no tiene sustento alguno, puesto que si la investigación del delito es intervenida por el Ministerio Público, si la policía está obligada a obedecer las órdenes que en esa perspectiva dicta el Fiscal y si se trata de potenciar los controles jurídicos en aras de la defensa de un derecho fundamental de primer orden, como es la libertad individual, resulta absolutamente arreglado a derecho atribuir al Ministerio Público dicha facultad. La Constitución ha concebido una excepción a la cláusula general de detención por mandamiento judicial, de suerte que el control de la detención preliminar policial puede y debe ser múltiple: en primer lugar, por el Ministerio Público, en cuanto conductor de la investigación, guardián de la legalidad y custodio de la debida promoción de la acción penal; y, en segundo lugar, por el órgano jurisdiccional, tanto a nivel ordinario, mediante la invocación directa de la tutela jurisdiccio-

nal al juez penal competente, cuanto a nivel constitucional, mediante el ejercicio de la acción de hábeas corpus.

El art. 109º del Código Procesal Penal de 1991 diseña las facultades extraordinarias del Juez Penal en las detenciones preliminares por delitos exceptuados. Los inc. 1 y 2 son especialmente significativos. El Juez, de oficio o a pedido del imputado, puede constituirse en el lugar de detención y averiguar los motivos de la privación de la libertad, el avance de las investigaciones y el estado del detenido. También puede disponer el inmediato reconocimiento legal del detenido. Si advierte alguna ilegalidad (detención arbitraria, limitación del derecho de defensa o irregularidades en el proceso de investigación –retraso injustificado, abuso o desviación de poder, falta de control fiscal, entre otros–) dispondrá que los detenidos pasen a disposición del Fiscal, es decir, resuelve la conclusión de la investigación en sede policial y pone al detenido a disposición de la Fiscalía competente para que se pronuncie definitivamente o decida ella misma culminar la investigación preliminar.

### 7. La aprehensión por los particulares

El art. 106º, inc. 8, tercer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991, autoriza a los particulares a practicar la aprehensión en los supuestos de flagrancia delictiva, debiendo entregar inmediatamente al afectado a la autoridad policial más inmediata. El Código de Procedimientos Penales de 1940 no previó esta institución, lo que no ha sido óbice para que los ciudadanos, especialmente las víctimas y testigos presenciales de la comisión de un delito, detengan de hecho a los delincuentes en flagrancia delictiva y los entreguen a la policía.

La *primera nota distintiva* de esta modalidad de restricción de la libertad, en rigor una detención, es que se trata de una autorización y no de una potestad, propia de la autoridad pública. En tanto se trata de una autorización, el ciudadano no está obligado a realizar funciones propias de la autoridad policial, por lo que la aprehensión –a diferencia de la realizada por la policía– no le es exigible como obligación legal. Supone, en suma, un acto de colaboración con la justicia que se configura como un derecho, cuyo ejercicio legítimo, anota Ortells Ramos, excluye una eventual responsabilidad penal por delito contra la libertad individual [58].

[58] En: Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 550.

Si bien la Constitución no la incorpora expresamente como una modalidad de privación cautelar de la libertad, es de admitirla como legítima por cuanto constituye una medida necesaria, de uso cotidiano por los ciudadanos y socialmente útil de colaboración con la justicia, que como tal es un bien constitucionalmente relevante.

La *segunda nota distintiva* estriba en que el particular, que puede ser cualquiera –no requiere que sea la víctima–, está autorizado para detener mediando flagrante delito: la imputación está radicada en las notas de evidencia y urgencia que se han desarrollado líneas arriba.

La *tercera nota distintiva*, al decir de GIMENO SENDRA, consiste en que su objeto se reduce a poner inmediatamente a disposición de la autoridad policial al aprehendido [59]. Aquí, como es obvio, no rige el plazo de 24 horas o 15 días, pues estos términos están justificados por la necesidad de realizar diligencias urgentes y de investigación en aras de aportar a los órganos jurídicos del Estado (Fiscal y Juez) los elementos fácticos y de convicción suficientes para la promoción de la acción penal.

## 8. LA DETENCIÓN PRELIMINAR POR ORDEN JUDICIAL

El Código de Procedimientos Penales de 1940, acorde con la tradición jurídica consolidada por la Constitución de 1933 y la jurisprudencia, en el sentido de que la detención policial no estaba limitada por el presupuesto material de flagrancia delictiva, no reguló la detención preliminar por orden judicial, desde que no hacía falta una autorización judicial para efectuar o legalizar la restricción de la libertad de una persona con fines de averiguación penal. El único límite reconocido, legal y jurisprudencialmente, era el plazo de 24 horas.

El plazo de la detención en numerosos casos, fundamentalmente de delitos complejos, fue juzgado insuficiente por la policía, al punto que era costumbre que se dirija al juez solicitando una prórroga de la detención a fin de agotar las investigaciones necesarias para elaborar el Atestado Policial. La actitud de los jueces no era uniforme: unos jueces rechazaban las solicitudes de la policía por falta de cobertura legal, otros autorizaban la prórroga alegando que bastaba la orden judicial para permitir la prolongación de la investigación y, de este modo, garantizar la mayor eficacia del *jus puniendi*.

---

[59] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 353.

Favorable a dicha tesis se pronunció, finalmente, el Decreto Ley Nº 25744, de 27 de setiembre de 1992, que reguló el procedimiento para los delitos de traición a la patria con propósito terrorista. El inciso a) del art. 2º señaló que si bien el plazo de la detención policial era superior a los 15 días, sin embargo "... a efectos de obtener mejores resultados en la investigación, el término antes referido podrá ser prorrogado por un período igual a solicitud debidamente justificada de la Policía Nacional del Perú".

Por nuestra parte, estimamos que no es posible la prórroga judicial del plazo de detención y, por tanto, que la disposición legal anteriormente citada carece de cobertura constitucional. El vigente art. 2º, inc. 24, literal 'f', párrafo segundo, es terminante al respecto. Dicha norma dice: "*El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia*". Por consiguiente, no es posible una opción distinta al cese de la detención o a la puesta en libertad del detenido por parte de la autoridad involucrada. El juez no puede hacer otra cosa que desestimar el pedido de prórroga o, en su caso, calificar de arbitraria la prolongación de la detención y disponer la inmediata libertad del detenido. Sobre el particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en al *"Caso Soriano Mautino"* ha precisado que la Constitución no permite que por algún motivo se prolongue la detención de una persona por más de veinticuatro horas, término en el que debe ser puesto a disposición del juez competente [60].

La regla jurídica contenida en el tipo constitucional es tajante: una persona, con fines de averiguación penal, no puede estar privado de libertad en sede policial más allá de las 24 horas o de los 15 días si es que el delito fuera de terrorismo –como es el presente caso–, tráfico ilícito de drogas y espionaje. La investigación preliminar policial debe cesar en ese plazo, siempre que exista una persona detenida. La investigación con mandato de detención, vencido el término fijado en la Constitución, sólo puede tener carácter judicial. Por tanto, es de concluir que el aludido segundo párrafo de la norma antes invocada no sólo regula un plazo a la duración de la detención, también introduce un límite a los poderes de investigación policial de personas privadas cautelarmente de su libertad: la función de investigación policial, con reo en cárcel, precluye necesariamente al cesar el término de 24 horas ó 15 días.

[60] STC Nº 140/95–HC/TC, de 7 de agosto de 1995.

La nueva Constitución, como ya se ha dejado expuesto, no permite la detención policial *ex officio* por razones de urgencia, excepcionando el supuesto de flagrancia delictiva. En tal virtud, el tercer párrafo del art. 107º del Código Procesal Penal de 1991 autorizó al juez a dictar orden de detención contra una persona para ponerla a disposición de la autoridad policial con fines de averiguación penal. La norma prescribe: "... *En casos de urgencia y peligro por la demora, antes de iniciar formalmente la investigación podrá solicitar al juez penal [el fiscal] dicte mandato de detención hasta por 24 horas cuando no se da el supuesto de flagrancia...* ".

Como quiera que sin flagrancia delictiva no es posible que la policía prive de la libertad a una persona, el Fiscal –de oficio o a pedido de ésta– instará al juez la emisión de una orden de detención, siempre que tema que el presunto implicado se sustraerá a la acción de la justicia, lo que puede advertirse **(a)** de la gravedad de la infracción incriminada, **(b)** del carácter y moralidad del imputado, y **(c)** de su arraigo en un determinado lugar. Mientras no se supere el plazo constitucionalmente habilitado para la detención en sede policial –24 horas ó 15 días–, tal medida y la norma que la permite no es ilegítima, siempre que –adicionalmente– se dicte por medio de una resolución fundada, es decir, motivada, que haga especial hincapié en la urgencia y en el peligro por la demora.

El art. 114º del Proyecto de 1995 prescribe otra modalidad de detención preliminar por orden judicial, muy parecida a la figura francesa de "*garde á vue*". Cuando el delito tenga conminada una pena privativa de la libertad superior a los cuatro años y existan suficientes elementos probatorios de cargo y fundado peligro de fuga, el Fiscal podrá ordenar la conducción inmediata del presunto implicado ante el juez solicitando la medida de detención. El problema que plantea esa norma, motivada sin duda alguna por la objetiva imposibilidad de recabar previamente una orden judicial cuando se ubique a una persona que ha cometido un delito grave y se tema que se dé a la fuga, es que de hecho se restringe la libertad a una persona, aun cuando tenga como objetivo ponerla a disposición de la autoridad judicial.

Ahora bien, frente a la urgencia y gravedad de la situación que generó la intervención policial, la única opción posible para estimar constitucional dicha norma sería calificar la conducción policial como una simple afectación negativa o restricción a la libertad ambulatoria y no como una privación de la libertad personal o detención, la cual no reconoce por su propia naturaleza estados intermedios*: se está o no se está*

*privado de la libertad.* En tal virtud, como la ley fija los supuestos que habilitan la conducción policial de un sospechoso ante la autoridad policial para que, con fines de averiguación preliminar, decida si cabe privarle de la libertad y es ella quien debe dictar el mandamiento de detención, no sería del caso calificarla de inconstitucional.

## III. LA DETENCIÓN JUDICIAL

### 1. CONCEPTO Y FUNCIÓN

Como ya se afirmó anteriormente, la detención judicial, enfatiza RAMOS MÉNDEZ, anticipa la ejecución futura por la necesidad de garantizar la disponibilidad del imputado a resultas del proceso penal [61]. Se asemeja en su apariencia externa a la pena privativa de libertad, consistiendo ésta, según explica Ernst BELING, en el encarcelamiento en un lugar cerrado, pero no tiene la finalidad de constituir un mal al afectado, que pudiera merecer por razón de su hecho, sino de prevenir el entorpecimiento de la realización del proceso y, consiguientemente, de causar las afectaciones imprescindibles a su finalidad preventiva [62].

Podemos definir la detención judicial, siguiendo a ORTELLS RAMOS, como una medida cautelar jurisdiccional consistente en la privación de la libertad del imputado, mediante su ingreso en un centro penitenciario por un tiempo máximo establecido por la ley con diferente grado de previsión, impuesta durante la sustanciación de un proceso penal, que tiene como función asegurar la efectividad de la ejecución y, también, la presencia del imputado durante el proceso [63].

La función legítima de la detención judicial o encarcelamiento preventivo consiste, a nuestro juicio, en evitar la fuga del imputado. Ahora bien, la doctrina procesal ha identificado dos fines de esta medida, respecto de los cuales aún no existe consenso. Se reconocen los siguientes:

---

[61] RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional,* cit., p. 291.

[62] BELING, Ernst: *Derecho procesal penal,* Labor, Barcelona, 1945, p. 378.

[63] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 554.

**1.** Mantener la presencia del imputado durante el proceso declarativo, tanto por fines probatorios cuanto para evitar la suspensión del proceso por razones de rebeldía; **2.** Asegurar su presencia para el momento en que, dictada sentencia firme, deba procederse a la ejecución de una pena corporal.

La discusión teórica se focaliza en precisar si los dos fines concurren o sólo uno de ellos. Un sector de la doctrina, entre ellos CALAMANDREI, MANZINI, FOSCHINI, LEONE, FAIRÉN y SOTO NIETO, afirman la tesis de la doble finalidad. Otro sector doctrinario, en cambio, postula la tesis de la finalidad única de la detención, ya sea asegurar la presencia del imputado: CARNELUTTI, CONSO e IBÁÑEZ GARCÍA–VELASCO; o, asegurar la ejecución de la pena corporal: DE LUCA, DE MARSICO, FERRANTE, PANSINI, ORTELLS y GÓMEZ RODRÍGUEZ.

Por nuestra parte, amparándonos en ORTELLS RAMOS [64], consideramos que la detención judicial tiene como única función garantizar la ejecución de la pena corporal. Se trata de una justificación permanente, es decir, válida a través de todas las fases o etapas del proceso. Dos son las razones de esta posición: **1.** Que si se afirma que la detención del imputado se realiza autónomamente para satisfacer necesidades probatorias, no habría motivo para restringir esa medida al imputado, mientras que los habría sobrados para extenderla a los testigos y peritos –lo que es irrazonable–, a la vez que justificaría detenciones desproporcionadas e injustas al propio imputado sólo para garantizar el éxito de la investigación; **2.** Que si se insiste en mantener detenido al imputado por razones probatorias y, de este modo, evitar la suspensión del proceso por rebeldía, ello no sería necesario en la fase impugnatoria de apelación o casación. Siendo así, en todos estos casos la función exclusiva es la de asegurar la presencia del imputado durante el proceso, mientras que la denominada "segunda función" es un simple efecto práctico de la primera función y que puede atribuirse a la detención en cuanto está al servicio, esencialmente, del aseguramiento de la ejecución.

Otra función que también se atribuye a la detención, sin duda alguna emparentada a la "segunda función", es la de ser un medio para evitar, con el aislamiento del imputado, que pueda ocultar o alterar las

[64] ORTELLS RAMOS: «Las medidas cautelares en el proceso penal», cit., pp. 450–452.

fuentes de prueba o ejercer influencia ilegítima sobre las fuentes personales de prueba. En el inc. 3 del art. 135º del Código Procesal Penal de 1991 expresamente se reconoce esa función a la detención pues para dictarla requiere que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras, trate de eludir la acción de la justicia *o perturbar la actividad probatoria.*

Esta última posición es por entero criticable. Si esta fuera una finalidad autónoma de la detención, igualmente no habría motivos para extender la posibilidad de aplicar la medida a personas distintas del imputado, pues ellas al igual que éste pueden llevar a cabo una labor de ocultamiento o adulteración de las fuentes de prueba. Además, como explica ORTELLS RAMOS, la Ordenanza Procesal Penal alemana, que prácticamente es la fuente de nuestro ordenamiento procesal vigente en esta materia, le reconoce cierto carácter subordinado a esta función al no aceptarla para delitos sancionados con penas leves [65].

Otro argumento en favor de nuestra posición es el esbozado por PISAPIA que recoge ASENCIO MELLADO. Dicen ambos autores que atribuir esa finalidad a la detención podría acarrear consecuencias dañinas para el ejercicio del derecho de defensa del detenido, ya que si bien a través de ella se consigue el aseguramiento de las pruebas en contra del acusado mediante la evitación de la confabulación con el exterior, a su vez, se puede privarle de utilizar todas las pruebas que considere oportunas para su defensa, y ello porque la situación de privación de libertad es la menos indicada para proceder a una labor de búsqueda de tales medios de defensa [66].

Dos argumentos finales. En primer lugar, nuestro sistema constitucional no ha reconocido como fundamento razonable para justificar la privación cautelar de la libertad el "entorpecimiento de la investigación", pues como recalca Alberto BINDER el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado y, además, es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación [67]. En segundo lugar, el art. 9º.3 del Pacto Internacional de

[65] ORTELLS RAMOS: «Las medidas cautelares en el proceso penal», cit., p. 454.

[66] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 36.

[67] BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 199.

Derechos Civiles y Políticos señala taxativamente que el aseguramiento cautelar está determinado por la ausencia de garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo; es decir, no acepta como función autónoma el entorpecimiento de la investigación.

La detención judicial está sometida, especialmente, a los requisitos de excepcionalidad, jurisdiccionalidad, variabilidad y temporalidad, los cuales se irán precisando a continuación. Es de destacar, sin embargo, según acota Alberto BOVINO, que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa de la libertad personal, que constituye uno de los derechos fundamentales de mayor trascendencia en un Estado de Derecho, sólo puede aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas: cierto grado de desarrollo de la imputación y peligrosidad procesal. Al respecto, el art. 9º, inc. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sanciona que "la prisión preventiva no debe ser la regla general" [68]. Lo expuesto significa, en buena cuenta, siguiendo a Alejandro RODRÍGUEZ BARRILLAS, que la detención queda reducida a los casos de absoluta necesidad para proteger los fines que el procedimiento penal persigue y, aun dentro de ellos, sólo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida no privativa de la libertad, menos perjudicial para el imputado [69].

La Corte Suprema, tiempo atrás, ha señaló que el juez no puede dictar una medida cautelar indiscriminadamente, que su dictado supone la formulación de un juicio ponderado, y que sólo debe ordenarse la detención en los casos de delitos graves o cuando tenga motivos fundados para suponer que el imputado eludirá la orden de comparecencia, de modo que cuando no concurren esas circunstancias, decretará solamente la comparecencia [70].

---

[68] BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, pp. 40–419.

[69] RODRÍGUEZ BARRILLAS, Alejandro: *Medidas cautelares en el proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 55.

[70] Ejecutoria suprema de 4 de agosto de 1976, Exp. Nº 734–76, Cajamarca (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 67–68).

Por ello mismo, debe imponerse por auto fundado, que señale los fundamentos de hecho, las pruebas que la sustentan y la ley aplicable, y estar especialmente condicionado por las constancias de la causa. Además, la medida debe ser la necesaria –y no otra menos intensa– para alcanzar los fines de protección cautelar que la sustentan y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos. Es de recordar, como precisa Borja MAPELLI CAFFARENA, que la detención judicial es una medida cautelar resultado de un conflicto insoslayable entre los intereses colectivos tendentes a asegurar la virtualidad de la justicia penal y los intereses individuales; y que el sacrificio de estos últimos en favor de aquellos excepcionando así una regla general de respeto de los derechos fundamentales de la persona recomiendan que su declaración esté revestida de un carácter de excepcionalidad, proporcionalidad, necesariedad, discrecionalidad, presunción de inocencia, etc. [71].

Resulta imprescindible destacar el principio de proporcionalidad como sustento de la detención judicial. Al permitirse la detención por mandato escrito y motivado de juez legalmente competente (art. 2º.24. 'f' Const.), lo que en rigor se está diciendo implícitamente es que se *deben exponer motivos razonables que justifiquen la excepción al estado de libertad personal que es la detención.* La incorporación de la detención judicial al ordenamiento jurídico ordinario, lo que hace es resolver en un caso dado un conflicto de derechos a favor del preferente, que en este caso es el que garantiza el *ius puniendi.* BARONA VILAR expone sobre el particular que el principio de proporcionalidad es el pilar y el soporte fundamental de toda medida cautelar y en especial de la detención, de suerte que todo exceso de privación de libertad que no se explique por la *necesidad de garantizar el proceso penal* deja de estar justificado [72].

2. PRESUPUESTOS MATERIALES

El art. 135º del Código Procesal Penal de 1991, siguiendo la fuente germana, reconoce dos presupuestos materiales: a) Fumus boni iuris,

[71] MAPELLI CAFFARENA, Borja: «La ejecución de la medida cautelar de privación de libertad provisional», en *Seminario: Prisión Provisional y derechos fundamentales,* Toledo, octubre de 1996, p. 1.

[72] BARONA VILAR, Silvia: «Prisión provisional», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica,* Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, T. XX, p. 548.

*existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo*; **b)** Periculum in mora, *que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad y que el imputado –en razón de sus antecedentes y otras circunstancias– tratase de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.*

Vistos los presupuestos en su conjunto, es de recordar que la Corte Suprema en una decisión anterior a dicha norma estatuyó, con acierto, que la racionalidad de la detención se sustenta en la gravedad de la comisión delictiva, en la existencia de indicios probatorios fehacientes que persuadan de la directa responsabilidad del encausado –los que en todo caso deben ser corroborados o desvirtuados en la investigación–, y en la necesidad de asegurar el juzgamiento sin posibilidad razonable de fuga por parte del imputado [73].

El Supremo Tribunal, asimismo, analizando los alcances del art. 135º del Código de 1991, ha precisado que el primer presupuesto material y la última regla del segundo presupuesto material permiten una apreciación o valoración del juez en función a los recaudos de la causa y a las características personales y sociales del autor, mientras que la primera regla del segundo presupuesto: gravedad del hecho punible, exige del juez advertir lo señalado en la ley penal para cada una de las figuras delictivas que contempla [74].

*A.* Fumus boni iuris

Significa la razonada atribución del hecho punible al imputado. Consta de dos reglas, una objetiva y otra subjetiva.

La *primera regla* exige constancia en el procedimiento, específicamente en los recaudos acompañados por el Fiscal, de la existencia de un hecho punible. Se trata de tener acreditados los aspectos objetivos del delito, que dicen de su imputación objetiva, los que han de ofrecer plena seguridad sobre su constitución.

Es de entender que sin una seguridad acerca de la realidad de la comisión de un delito no es posible razonar, a continuación, acerca de

---

[73] Ejecutoria suprema de 16 de octubre de 1990, Exp. Nº 765–90, Piura.

[74] Ejecutoria suprema de 17 de setiembre de 1993, Exp. Nº 1945–93, Lima (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 329–339).

la probabilidad delictiva del imputado. Por consiguiente, el hecho típico debe estar sólidamente acreditado con los recaudos acompañados por el Fiscal (Atestado Policial, Investigación Fiscal Previa o denuncia de parte escoltada con prueba instrumental o pericial consistente).

La *segunda regla* consiste en un juicio de verosimilitud de la imputación. Exige la presencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el delito denunciado. Comprende los aspectos fácticos y jurídicos ínsitos en la atribución del delito a una persona determinada.

Esta regla permite entender, a juicio de Silvia BARONA VILAR, que el imputado ha cometido el hecho delictivo como autor o de otro modo ha participado con grandes dosis de probabilidad en el hecho delictivo y, por tanto, que puede esperarse una condena con grandes posibilidades [75]. En este orden de ideas, ASENCIO MELLADO, acota que debe exigirse algo más que una posibilidad y menos que la certeza, ... no basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado [76].

*B.* Periculum in mora

Significa la existencia de un daño jurídico derivado del procedimiento, que el Código Procesal Penal de 1991 está determinado, autónomamente, por dos peligros: **a)** de fuga; y, **b)** de entorpecimiento de la actividad probatoria. Consta, al igual que el presupuesto anterior, de dos reglas, una objetiva y otra subjetiva.

La *primera regla* traduce una preocupación esencial de determinar un límite cuantitativo respecto de la presumible pena a imponer a partir del cual se pudiera pensar que el sujeto preferiría sustraerse al proceso que tener que soportar la futura pena. Se trata, pues, de una presunción legal de incomparecencia, pero una presunción, como puntualiza ASENCIO MELLADO, que, en cualquier caso, puede ser destruida por otros datos relevantes del proceso, puesto que hacer depender la adopción de la detención exclusivamente a partir de tal presunción se vulneraría el estado de inocencia del imputado y se dictaría una resolución sin la mo-

[75] BARONA VILAR, Silvia: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 64.

[76] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 62.

tivación real correspondiente [77]. Se trata, en suma, de un *dato que debe estar presente pero insuficiente para determinar la peligrosidad procesal* y, en consecuencia, adoptar la medida de detención judicial. GÓMEZ COLOMER ratifica la adscripción de esta tesis por parte de la jurisprudencia constitucional española y es contundente al afirmar que "... la penalidad no puede ser tenida en cuenta ni automática ni exclusivamente a la hora de decretar la detención judicial o confirmar su mantenimiento [78].

El Código preceptúa que el delito que da lugar al cumplimiento de esta regla es uno de carácter doloso sancionado, en lo específico, con una pena superior a los 4 años de privación de libertad. Se trata de un criterio que, aun cuando está en función a la imputación de un delito concreto, que es su parámetro objetivo, permite apreciar los factores que dicen de la entidad del injusto y de la culpabilidad o responsabilidad por el hecho (arts. 45º y 46º del Código Penal). Las circunstancias del hecho y las características del autor son determinantes para fijar un pronóstico aproximado de sanción y, en su caso, decidir si se cumple esta regla para dictar o no la medida de privación de libertad. En igual sentido se ha pronunciado el Supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 27 de abril de 1994 [79].

La *segunda regla* se vincula a un criterio esencialmente subjetivo y reconoce una amplio margen de discrecionalidad al juez. Está ligado al peligrosismo procesal y, en puridad, es la regla más importante y que fundamenta la legitimidad de la detención judicial. Su ausencia, acota Daniel R. PASTOR, permitirá que esta modalidad de detención funcione como pena anticipada: "si por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena ésta deberá ser de cumplimiento efectivo, entonces siempre, en la escena del proceso, el cumplimiento de esa pena será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de detención, en franca violación al principio de inocencia, dado que, además, ese encarcelamiento preventivo no debe cumplir necesariamente función alguna en la neutralización de los peligros

---

[77] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., pp. 68–69.

[78] GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis: *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 147–148.

[79] Exp. Nº 3225–93, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 333–334).

procesales que, según la teoría, autorizan la imposición de la detención: basta el monto de la pena que se espera; los peligros procesales... se presumen (!)" [80].

Dos son los peligros, considerados autónomamente, que la ley reconoce: el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria. El Código Procesal Penal de 1991 se limita a indicar los dos peligros, pero no incorpora directiva alguna a semejanza del Código Modelo para Iberoamérica, las que recién se detallan en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995.

En cuanto al *peligro de fuga*, el juez debe valorar todas aquellas circunstancias que rodean al caso y al imputado y que, por consiguiente, permitan realizar un juicio fundado acerca de su permanencia en la sede del órgano jurisdiccional o del cumplimiento de sus obligaciones procesales, es decir, de su sujeción al proceso, si huirá o fugará o si estará a disposición del órgano jurisdiccional durante todo el iter del proceso.

Existen un conjunto de datos relevantes que permiten valorar el *peligro de fuga*. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Stogmuller*, *Neumeister*, *Matzenetter* y *Wemhoff*, ha sentado una elaborada doctrina, que conviene tener presente, habida cuenta que la interpretación realizada por ese Alto Tribunal es aplicable a nuestro derecho en atención a la similitud normativa entre la Convención Europea de los Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 7º de la CADH y 5º de la CEDH), criterios que por lo demás –pese al silencio de la ley ordinaria– han sido asumidos por la jurisprudencia constitucional española (Sentencia Nº 128/1995).

Es de tener presente, lo siguiente:

1. Son datos relevantes –que el juez debe valorar– la posibilidad de huir al extranjero del imputado; su arraigo en el país; su carácter y moralidad; y su profesión, domicilio, recursos y lazos familiares.

2. Esos datos permiten obtener una presunción de incomparecencia al proceso y ello con independencia de la gravedad de la presunta pena a imponer.

---

[80] PASTOR: «El encarcelamiento preventivo», cit., p. 55.

**3.** La gravedad de la pena no basta por sí sola para probar el peligro de fuga, sino que debe conjugarse con toda una serie de circunstancias que coinciden con las arriba expresadas.

**4.** La concurrencia o no de cualquiera de los índices o parámetros citados anteriormente, por sí solos, acota ASENCIO MELLADO, no implican la existencia o inexistencia de peligro de evasión al proceso, sino que deben ser contrastados entre sí y fundamentalmente con el de la gravedad de la pena [81]. El concepto de "arraigo" tiene que ver con el establecimiento fijo en un lugar y en donde el imputado mantiene relaciones de una intensidad determinada con el medio donde se desenvuelve. Obviamente, este concepto comprende el otro parámetro de la profesión, domicilio, recursos y lazos familiares del imputado, pues el establecimiento en un determinado lugar dependen de la actividad económica o laboral que desempeña, así como de sus relaciones familiares y recursos. Si el arraigo es menor, obviamente mayor es el peligro de fuga.

Sobre la "*posibilidad de huir al extranjero o de ocultarse*", es posible afirmar que en tanto el imputado posea un mayor poder económico –muy presente en los delitos económicos y en los que el imputado pertenece a una clase social alta– y si tiene relaciones, bienes o negocios en un país extranjero, la posibilidad de huida, de evasión al proceso, será mayor.

En cuanto al "*carácter y moralidad del imputado*", que es un criterio que debe utilizarse con las mayores cautelas para evitar arbitrariedades, es del caso tener presente aquellos aspectos del individuo que pueden determinar la posibilidad de fuga o sustracción a la acción de la justicia. Los antecedentes y su actitud respecto a otros procesos que ha tenido –las incomparecencias producidas– son algunos índices que pueden tomarse en consideración.

La medida cautelar de detención judicial, como se ha podido advertir, está sujeta a un conjunto muy riguroso de exigencias legales. Los presupuestos materiales esbozados tienen que concurrir conjuntamente: *fumus boni iuris*: prueba acabada de la objetividad del injusto penal y probabilidad de comisión delictiva imputable al sujeto pasivo de la medida, y *periculum in mora*: prognosis fundada de una pena superior a los 4 años de privación de libertad y peligro de fuga o peligro de entorpeci-

[81] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., pp. 104–105.

miento. Esta interpretación ha sido aceptada por la jurisprudencia nacional [82], al punto que la Sala Penal de la Corte Suprema emitió la Circular Nº 01–95–SPCSJ, de 13 de junio de 1995, en la que insistió que los tres incisos del art. 135º del Código Procesal Penal de 1991 deben concurrir conjuntamente para dictar mandato de detención.

Llama la atención, sin embargo, que la Corte Suprema en una aislada decisión [83] haya sostenido que "... si bien es cierto no existe en autos elementos que indiquen una razonable probabilidad de que el imputado rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria, más aún si éste se ha sometido a las investigaciones iniciales desde el nivel policial, también lo es que por la gravedad de los hechos, resulta coherente asegurar el sometimiento procesal al imputado". Esta opción, sin duda alguna, carece de legitimidad al no entender que el requisito esencial, que hace de esta medida una institución procesal legítima y razonable, es precisamente el peligro de fuga.

Por otro lado, resultan plenamente adecuadas a la naturaleza de la detención dos decisiones, a nuestro juicio trascendentes del Supremo Tribunal. En un caso [84], no sólo insistió en que los requisitos para dictar mandato de detención son concurrentes, sino que precisó, en *primer lugar*, que las circunstancias de elusión a la acción de la justicia debe precisarse adecuada, siendo un punto de referencia los antecedentes del imputado; y, en *segundo lugar*, que cuando se trata de delitos cuya fuente probatoria tiene base documental y pericial, debe precisarse en qué consistirá la perturbación o distorsión probatoria en la que incidiría la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso. En otro caso [85], sentó la doctrina que si se determina que el procesado tiene domicilio conocido, carece de antecedentes policiales y no tiene requisitoria pendiente en su contra, ello permite estimar que no eludirá la acción de la justicia.

---

[82] Ejecutorias supremas de 17 de setiembre de 1993, Exp. Nº 1945–93, Lima; y, de 24 de setiembre de 1996, Exp. Nº 3547–96, Huancavelica.

[83] Ejecutoria suprema de 25 de abril de 1996, Exp. Nº 80–96, Callao.

[84] Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. Nº 86–97, Huancavelica.

[85] Ejecutoria suprema de 22 de abril de 1994, Exp. Nº 55–94, Ayacucho (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 335–337).

José CAFFERATA NORES [86], sobre la base común de las extremas cautelas que debe adoptarse para dictar mandamiento de detención, formula cuatro precisiones que es del caso consignar:

**1.** Que el sistema de regulación de la coerción personal del imputado no admite que el Estado, frente a la mera sospecha de la comisión de un delito, adquiere siempre el derecho de privar de su libertad al sospechoso.

**2.** Que el asunto debe plantearse en forma inversa, pues lo que deberá justificarse en cada caso será el derecho del Estado a encarcelar al imputado.

**3.** Que por regla, y hasta tanto sea condenado como autor de un delito, el imputado gozará efectivamente del derecho a su libertad personal, y es que sólo excepcionalmente, cuando éste intente abusar de su libertad para frustrar el propósito de afianzar la justicia que persigue el juicio previo, nacerá el derecho del Estado para limitar o restringir su libre locomoción, siempre que tales riesgos no puedan neutralizarse por otros medios menos cruentos.

**4.** Que corresponderá al Estado demostrar o la existencia de los peligros que justifiquen la limitación o la restricción de la libertad del imputado, es decir, deberá evidenciar que tiene derecho a encarcelar en el caso concreto, probando que lo contrario significaría tolerar que la justicia fuera burlada.

*C. El proceso por delito de terrorismo*

El art. 13º, inc. 'a', del Decreto Ley Nº 25475 establece que "Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal, *quien dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención ...*". Aparentemente, el objetivo de la ley, bajo una concepción sustantivista de la detención, fue estructurar un proceso penal cuya regla básica, a diferencia del modelo ordinario, era la orden de detención contra los imputados. Empero, una concepción de esta naturaleza, como ya está explicado, carece de sustento constitucional y se encuentra en franca oposición al derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la regla del juicio previo, consecuentemente, no cabe

[86] CAFFERATA NORES, José: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1995, pp. 176–177.

sino interpretarla en armonía con las exigencias constitucionales. No es posible negar el presupuesto de peligrosidad procesal, focalizado en los peligros de fuga o de entorpecimiento de la verdad u oscurecimiento.

Esta norma recuerda el apartado 3º del parágrafo 112º de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que precisa que para determinados delitos graves no es preciso que concurra peligro de fuga o de oscurecimiento. Empero, frente a las dudas sobre su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional alemán [auto de 15 de diciembre de 1965], según informe GÓMEZ COLOMER, precisó que en estos casos además debe presentarse, aun cuando con menor intensidad, el motivo de peligro de fuga o el de peligro de oscurecimiento [87]. KERN–ROXIN han advertido, respecto a dicha decisión judicial, que más que interpretar dicho parágrafo, el Tribunal Constitucional ha modificado su sentido, para no tener que declararlo inconstitucional [88].

En tal virtud, siguiendo el ejemplo alemán, los jueces nacionales siempre deben analizar la peligrosidad procesal para dictar mandato de detención en los delitos con propósito terrorista. El automatismo resultaría inconstitucional, por lo que no existe otra posibilidad que interpretar esa norma dentro de los alcances del art. 135º del Código Procesal Penal de 1991.

### 3. PRESUPUESTOS FORMALES

El art. 2º.24.'f' de la Constitución establece que la privación cautelar de la libertad requiere *mandamiento escrito y motivado del Juez*. A su vez, el art. 136º, primer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991, precisa: a) que el mandato de detención será motivado, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenten; y, b) que el oficio mediante el cual se dispone la ejecución de la detención, deberá contener los datos de identidad personal del requerido.

La decisión de encarcelar a una persona se realiza en el auto de apertura de instrucción (art. 77º del Código de Procedimientos Penales), el cual contiene dos apartados esenciales: el primero, vinculado a la

---

[87] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 107.

[88] Citados por ORTELLS RAMOS: «Las medidas cautelares en el proceso penal», cit., p. 459.

decisión de procesar penalmente a una persona determinada por un delito específico; y, el segundo, la precisión de las medidas cautelares, siendo indispensable definir si el imputado será encarcelado preventivamente o se le dictará mandato de comparecencia. Un tercer apartado, que puede o no estar presente, se refiere a las primeras diligencias o actos de investigación que deben llevarse a cabo.

En el auto de apertura de instrucción, con el que se inicia la instrucción formal, ineludiblemente debe definirse la situación jurídica del imputado. También es posible acordar mandato de detención, en atención al principio *rebus sic stantibus*, en cualquier otro momento del proceso cuando "resultaren pruebas de que el imputado en situación de comparecencia está incurso en los supuestos del art. 135º" (art. 139º del Código Procesal Penal de 1991), lo que puede producirse en el curso de la investigación, en la etapa intermedia al dictar el auto de enjuiciamiento (art. 261º del Código Procesal Penal de 1991) o en el juicio oral. Sin embargo, a diferencia de la primera resolución judicial, en que la medida cautelar personal se dicta de oficio (art. 115º del Código Procesal Penal de 1991) y, por tanto, rige por completo el principio de oficialidad, el cambio de situación jurídica del imputado que está con mandato de comparecencia a detención, requiere inexorablemente petición del fiscal o del actor civil, a tenor del art. 139º del citado Código, pues está sujeta al principio dispositivo, que de este modo, explica Alberto BOVINO, tiende a garantizar con más fuerza la imparcialidad y objetividad judicial, previniendo la contaminación del juez, con lo que se cumple el principio acusatorio, que hubiera sido lo deseable desde la primera resolución judicial [89].

La detención judicial o el auto de detención, sea que esté incorporado en la decisión de procesamiento penal del imputado o en el auto de enjuiciamiento o, en todo caso, que se dicte en resolución independiente, siempre debe ser escrito y motivado.

La *escrituralidad* de la orden de detención es una exigencia constitucional que parte de lo dispuesto en el art. 139º.5 de la norma fundamental. Las resoluciones judiciales, según esa disposición, siempre son escritas. No se acepta, en consecuencia, las decisiones orales. Sobre esa base es que el

[89] BOVINO: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, cit., pp. 56–57.

justiciable tiene mayores posibilidades de enterarse del contenido de una resolución y poder ejercer contra ellas los recursos y remedios procesales pertinentes o adoptar la posición defensiva que corresponda.

La *motivación* del auto que acuerda la detención tiene como razón esencial que el procesado conozca los fundamentos por las que resulta detenido, explicitando –aun cuando escueta o sucintamente– el proceso lógico y mental que ha conducido a dicha medida cautelar. La motivación tiene un doble fundamento: **1.** Permite el control de la actividad jurisdiccional; **2.** Logra el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de su corrección y justicia, mostrando una aplicación del Derecho vigente libre de arbitrariedades.

Para que el razonamiento tenga validez constitucional, sostiene Nicolás GONZALES–CUELLAR SERRANO, se requiere que sea expresado en la resolución, que guarde relación y que sea congruente y proporcionado con el problema que se resuelve [90]. En consecuencia, siguiendo nuestro texto constitucional, los fundamentos de hecho y de derecho, incluida la cita de la ley aplicable, deben referirse a los presupuestos materiales de la detención y contener una adecuada evaluación del material probatorio en función a las exigencias legales de la medida (existencia de un delito doloso, probabilidad de autoría o participación en el delito por parte del imputado, prognosis de sanción y razonamiento acerca del peligrosismo procesal).

La ejecución del mandato de detención corresponde a la Policía Nacional, la cual recibe la comunicación judicial mediante un oficio que debe contener los datos de identidad personal del requerido, a fin de evitar capturas de homónimos, es decir, de personas que tienen similares nombres y apellidos. La inscripción de las órdenes de detención, que reciben el nombre de "requisitorias", tienen una vigencia de 6 meses, a cuyo vencimiento caducan automáticamente, a menos que sean renovadas (art. 136º *in fine* del Código Procesal Penal de 1991). La vigencia temporal de las requisitorias está excepcionada en los procesos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y traición a la patria (art. 1º del Decreto Ley Nº 25916).

---

[90] GONZALES–CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 147.

## 4. MODALIDADES DE DETENCIÓN JUDICIAL

El efecto principal de la detención es, desde luego, la privación de la libertad del imputado, con sujeción a los regímenes jurídicos establecidos en el Código de Ejecución Penal y en el código rituario. La privación cautelar de libertad tiene como característica central una separación entre internos procesados e internos condenados, pues no puede equipararse el cumplimiento de una pena firme con la privación cautelar de la libertad, aun cuando según el art. 47º del Código Penal –en virtud de la nota característica de homogeneidad de las medidas cautelares– "el tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención".

El Código Procesal Penal de 1991 reconoce dos regímenes de detención: la ordinaria o comunicada y la incomunicada (arts. 135º y 140º). Otros ordenamientos procesales, como por ejemplo el español y el italiano, consideran la detención o arresto domiciliario como una modalidad atenuada de restricción de la libertad personal; en cambio, la ley rituaria nacional de 1991 la considera una alternativa a la detención y la regula dentro de las modalidades de la comparecencia restrictiva.

### *A. La detención comunicada*

La detención comunicada es la situación ordinaria durante la cual el detenido puede disfrutar de los derechos reconocidos en la ley. Es, por tanto, la regla general o el modo habitual de acordar la detención, en cuya virtud –dice Víctor MORENO CATENA– se ordena el internamiento del inculpado en un centro penitenciario, sujeto a las reglas habituales establecidas por el Código de Ejecución Penal [91].

En el concierto carcelario, los internos–procesados deben estar sujetos a un régimen especial o estatuto personal, no sólo radicado en la separación de los internos–condenados, sino llevado a cabo en la forma que menos lo perjudique en su persona, reputación y patrimonio y guiados por tres principios básicos: presunción de inocencia, excepcionalidad y trato digno. ASENCIO MELLADO aclara que tal privación de libertad exige que la jurisdicción tenga un control absoluto –indelegable– del segui-

[91] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 376.

miento del encarcelamiento, que los internos–procesados no pueden ser sometidos a ningún tratamiento penitenciario de reinserción social y que la limitación de sus derechos está en función del curso del proceso y no de lo impuesto en sentencia condenatoria alguna [92].

*B. La detención incomunicada*

La detención incomunicada supone una excepción al régimen ordinario y común de cumplimiento de la medida de detención judicial. Es, como sostiene Sara ARAGONESES MARTÍNEZ, una forma agravada de cumplimiento de la detención, pues supone la restricción de ciertos derechos del detenido –particularmente de aquellos que le permiten un contacto con el exterior– con el objeto de evitar que se ponga en peligro la investigación [93].

Se trata de un estado transitorio de privación de libertad, que aunque penosa, acota AGUILERA DE PAZ, es indispensable en determinados casos para que la autoridad judicial no vea burlados sus esfuerzos [94].

Su finalidad es evitar la frustración del éxito del proceso impidiendo que el imputado detenido se confabule con terceros, lo que se intenta conseguir con su aislamiento y supresión de las comunicaciones con el exterior. Tal finalidad, sin duda alguna, no es cautelar, sino que tiene –como anota ASENCIO MELLADO siguiendo a MORENO CATENA– una finalidad accesoria que no explica por sí sola el fenómeno cautelar, pero ligada a la función más general de aseguramiento del proceso y que sólo adquiere sentido en la detención incomunicada [95].

La incomunicación se encuentra reconocida constitucionalmente en el art. 2º.24.'g' de la carta política, en tanto excepción al derecho fundamental de no incomunicación. Los requisitos que habilitan la incomunicación son: **1.** Necesidad de esclarecer un delito o finalidad exclusivamente penal de la medida. **2.** Reserva de ley: la ley debe precisar la forma y el tiempo de duración de la medida. **3.** La autoridad debe señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

---

[92] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 144.

[93] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 395.

[94] AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913, p. 219.

[95] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 191.

El art. 133º del Código de Procedimientos Penales de 1940 respeta los marcos constitucionales antes señalados, pues prevé que el motivo de la incomunicación es la necesidad de cumplir con los fines de la instrucción, es decir, esclarecer adecuadamente la imputación, mas no obtener confesiones o propiciar o forzar la colaboración del imputado. Asimismo, fija el término de la medida en 10 días como máximo –a cuyo vencimiento, vista su extraordinariedad, cesa de pleno derecho o automáticamente–. Finalmente, como medida de control, impone la comunicación a la Sala Penal Superior; obviamente, y como lo precisa el art. 140º del Código Procesal Penal de 1991, el Tribunal Superior puede, de oficio o a petición del imputado, revocarla en caso la considere injustificada.

El régimen de la incomunicación se encuentra detallado con mayor precisión en el Código Procesal Penal de 1991. El imputado podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión, así como recibir sin obstáculos la ración alimenticia que le es enviada. La incomunicación, en resguardo del derecho de defensa del detenido impide las conferencias con su abogado defensor, las que no pueden ser prohibidas ni requieren autorización previa. En este último punto, el Código de Procedimientos Penales de 1940 es mucho más restrictivo, pues las conferencias están sujetas a la autorización judicial y se realizan en presencia del juez. A nuestro juicio este precepto afecta irrazonablemente el derecho de defensa y vulnera el art. 8º, inciso 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, al impedir la privacidad necesaria entre imputado y su defensor y, de este modo, las posibilidades de un ejercicio eficaz de su derecho al contradictorio y de ofrecer las pruebas pertinentes en su beneficio.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 articuló la incomunicación como una medida aplicable a la instrucción formal, esto es, de competencia del juez penal y en sede judicial. Sin embargo, el Código Procesal Penal de 1991, si bien la reguló acabadamente en el título correspondiente a la investigación formal, también la permitió en sede preliminar (art. 107º *in fine*); medida que, en todo caso, requiere orden judicial. Es obvio que la incomunicación tiene mayor efectividad cuando se utiliza en los primeros actos de la investigación, por lo que su requerimiento será mayor durante la investigación previa o preliminar, resultando razonable que previa decisión judicial, dictada a requerimiento del fiscal, en tanto conductor de la investigación del delito desde su inicio, pueda llevarse a cabo en sede policial o fiscal, bajo indispensable control judicial.

La vigente legislación antiterrorista posibilita esta medida excepcionalísima (art. 12º, inc. 'd', del Decreto Ley Nº 15475), sin embargo establece que la policía la ejecuta sin orden judicial, con la sola comunicación al Fiscal y al Juez, y que tiene carácter "absoluta". Dicha regulación, como se puede advertir, no tiene un claro amparo constitucional, desde que:

1. Toda restricción o limitación de derechos fundamentales –el derecho a la no incomunicación lo es–, en principio, sólo puede ser dispuesta por la autoridad jurisdiccional y no por la administración, dado que esta última no reúne –como corresponde– los requisitos de imparcialidad y objetividad;

2. Si la incomunicación es una medida acumulativa a la detención y si aquélla –en cuanto excepción a la libertad personal– sólo puede dictarse o ejecutarse en estado de flagrancia delictiva o mediando orden judicial, es evidente que imponer restricciones adicionales a la detención sólo puede hacerlo la autoridad judicial. La policía sólo tiene atribuciones de limitación de derechos constitucionales taxativamente enumeradas en la Constitución, dentro de las que no se encuentra la incomunicación;

3. La incomunicación es una medida que permite cumplir los fines de averiguación del hecho imputado, por lo que –al no ser medio de investigación ni de tortura o de presión sobre su libre voluntad– la calificación de "absoluta" que en la norma comentada recibe esta medida no puede entenderse como prohibición de comunicación libre con su abogado, imposibilidad de lectura de libros, diarios, revistas, etc., o prolongación de su duración en un plazo igual al de la duración de la propia detención (hasta 15 días), pues en este ultimo caso se vulnerarían los principios de proporcionalidad y de excepcionalidad, propios de toda restricción de derechos fundamentales.

## 5. Duración de la detención judicial

El supuesto regular de extinción de toda medida cautelar, en atención a su característica de instrumentalidad, se presenta cuando el proceso termine, sea con sentencia condenatoria o con un fallo absolutorio. Además, la medida cautelar puede variar como consecuencia de la regla *rebus sic stantibus* al variar los presupuestos que determinaron su imposición.

En el caso de la detención judicial, la vigencia de la regla de excepcionalidad trae consigo la regla de la temporalidad. En principio, es de tener presente que la detención debe durar el tiempo estrictamente necesario para asegurar la finalidad que toda medida cautelar persigue, no obstante lo cual el art. 137º del Código Procesal Penal de 1991 fija un sistema de plazos, el mismo que, según ARAGONESES MARTÍNEZ, está destinado a evitar que el inculpado permanezca privado de la libertad más tiempo que el que podría derivarse de la hipotética condena [96]. Se trata, en palabras de ASENCIO MELLADO, de una segunda vía, fundamentada en razones de justicia, que actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica del *rebus sic stantibus* [97].

La necesidad de fijar un plazo a la detención, explica Alberto BOVINO, ha sido reflejada en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su art. 7, inc. 5, establece que "toda persona detenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad" [98].

El primer párrafo del art. 137º del Código Procesal Penal de 1991, modificado por el Decreto Ley Nº 25824, de 9 de noviembre de 1992, que además dispuso su vigencia a partir del 10 de noviembre de 1992, fijó un sistema general de plazos siguiendo parcialmente el modelo español:

**1.** La duración máxima de la detención está en función a la clase de proceso. Si el proceso es ordinario (según el esquema del Código de 1991) la detención no durará más de 9 meses; si es especial, no puede durar más de 15 meses. El art. 3º de dicho Decreto Ley precisa que en tanto entra en vigencia el citado Código, el primer término es para los procesos sumarios y el otro término lo es para los procesos ordinarios regulados por el Código de Procedimientos Penales de 1940.

**2.** El plazo difiere si se trata de los delitos exceptuados o de procesos complejos, en cuyo caso se duplica el término base. Son delitos exceptuados, los que fija la propia Constitución: tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje. Un proceso es complejo cuando se sigue contra más

---

[96] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 393–394.

[97] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 255.

[98] BOVINO: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, cit., p. 49.

de 10 imputados o en agravio de igual número de personas. El Decreto Ley Nº 25916 excluyó del sistema de plazos los delitos de tráfico Ilícito de drogas, terrorismo y traición a la patria –con propósito terrorista–.

La exclusión dispuesta por el indicado Decreto Ley, a nuestro juicio, no tiene amparo constitucional. En efecto, si la excarcelación es una legítima pretensión, constitucionalmente garantizada, que excepcionalmente puede denegarse por el juez y sobre la base de una fundada necesidad; si la detención cumple finalidades exclusivamente procesales y a través de ella no se pueden cumplir los fines de la pena; si los imputados tienen derecho a un proceso célere y sin dilaciones indebidas y compete al Estado arbitrarlo, entonces, es del caso concluir que no caben excepciones a la excarcelación por vencimiento de plazo. El criterio de diferenciación, por consiguiente, es inválido o ilegítimo: la gravedad y repercusión social del delito, respecto de un presunto inocente, no tiene relación con las exigencias estatales de arbitrar juicios rápidos (art. 8º.1, de la Convención Americana de Derechos Humanos); el retardo del Estado–persecutor no es de cargo del individuo procesado.

El vencimiento del plazo determina la inmediata libertad del inculpado, la cual opera de pleno derecho, salvo que el Juez, a petición del Fiscal y previa audiencia al imputado, decida prolongarlo. El Juez, en estos casos, debe dictar las medidas necesarias para asegurar la presencia del detenido, siempre que éstas no frustren la inmediata soltura del mismo, como sería una caución económica.

Es de aclarar que el plazo delimitado se circunscribe al lapso que media entre el auto de detención judicial y la sentencia de primer grado, por lo que la excarcelación no opera si el plazo vence luego de emitida sentencia: la duración del procedimiento recursal no está sujeta a límites temporales. Esta limitación no ha sido reproducida en el Proyecto de 1995, que estatuye que en caso de impugnación del fallo de primer grado "... la detención podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta ..." (art. 148º *in fine*).

El segundo y el tercer párrafo del citado artículo regula la posibilidad de prolongar la detención hasta un plazo igual al ordinario (9, 15, 18 ó 30 meses, según el caso), lo que al decir de Sara ARAGONESES MARTÍNEZ no parece razonable máxime cuando la propia ley advierte que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos –ni de sus prórrogas– el tiempo que la causa sufriere dilaciones no imputables a la

Administración de Justicia [99]. Es de acotar, por otro lado, que cuando la ley dice "... podrá prolongarse *por un plazo igual...*", ello no significa que necesariamente el plazo ordinario se duplica, pues la decisión está condicionada al cumplimiento de la función cautelar de la detención y, sobre todo, a la duración razonable del procedimiento atendidas las circunstancias del caso.

La prolongación está sujeta a dos requisitos, que deben concurrir acumulativamente: **1.** Presencia de circunstancias que importan una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación. **2.** Riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia. La especial dificultad o la especial prolongación están en función a la realización de los actos de investigación o de prueba, a su recolección o actuación. Se trata de circunstancias objetivas vinculadas, como ya se anotó, a la actividad probatoria, tales como la realización de pericias muy complicadas, peritos ausentes o enfermos que no puedan acercarse al examen pericial, documentos que deben recabarse en el extranjero o sujetos a un trámite especialmente complicado por razones fácticas o legales, requerimiento y remisión de cartas rogatorias o diligencias en el exterior (cooperación judicial internacional), declaraciones de testigos que han estado ausentes o de difícil ubicación, etc. Estas dificultades, que en todo caso no dependen del imputado detenido, serán relevantes en la medida en que subsista el riesgo de fuga (es obvio que si la detención se adoptó por problemas de entorpecimiento de la verdad no es de recibo esta prolongación).

El auto de prolongación de la detención, igualmente, está sometido a dos requisitos: **1.** Que sea motivado, es decir, con arreglo a la exigencia constitucional contenida en el art. 139º.5 de la ley fundamental, debe indicar los fundamentos de hecho y de derecho que hagan viable la presencia de las causas de prolongación exigidas por la ley. **2.** Que el Fiscal solicite la prolongación y se adopte previa audiencia al imputado o sujeto pasivo de la medida –lo que significa, según la fórmula hispana de donde fue tomada la institución, simple traslado y no una audiencia preliminar especial–. La prolongación de la detención no puede adoptarse de oficio y, menos, sin haber dado oportunidad al detenido

[99] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 394.

para que exponga sus razones respecto al requerimiento fiscal. El auto que acuerde la prolongación de la detención –no el que la deniega– es apelable. La absolución del grado corresponde a la Sala Penal Superior, previa vista fiscal.

El cómputo de los plazos no corre en los casos de dilaciones maliciosas imputables al imputado o su defensa. La conducta maliciosa está definida en el art. 112º del Código Procesal Civil. Los supuestos de dilación maliciosa son los siguientes:

1. Manifiesta carencia de fundamento jurídico de un medio impugnatorio o articulación.

2. Peticiones amparadas en hechos falsos que el imputado o su defensa tengan conocimiento que son contrarios a la realidad.

3. Mutilación, inutilización o sustracción de alguna parte del expediente.

4. Utilización de un acto procesal con fines claramente ilegales o con propósitos claramente dolosos o fraudulentos.

5. Obstrucción de la actuación de medios probatorios.

El auto de libertad por exceso del plazo de detención y el de prolongación de la detención están sujetos a un control excepcional. Deben comunicarse al Superior Tribunal, quien de oficio o a solicitud de las partes, podrá dictar las medidas disciplinarias contra el juez, si la causa se retrasó indebidamente. La facultad de la Sala Penal Superior no entraña, como en el caso de la incomunicación, el control de la legalidad de la libertad o de la prolongación de la detención, sino únicamente el ejercicio de poderes de inspección disciplinaria.

Por último, el imputado que ha obtenido libertad al haber vencido el término de la detención, está sometido a exigencias más rigurosas, pues si no concurre, sin justificación legítima, a la primera citación que se le formule, la libertad será revocada.

### 6. Recursos contra la detención judicial

El art. 138º del Código Procesal Penal de 1991 regula el derecho de impugnación del imputado contra el auto de detención. Dos son los recursos impugnatorios que expresamente se prevén: el recurso de queja y el recurso de apelación.

El recurso de queja es una impugnación que procede contra los mandatos de detención inmotivados, o sea, cuando el juez no expresa los razonamientos fácticos y probatorios, así como los fundamentos de derecho que sustentan la medida de detención. En este supuesto los considerandos del auto judicial no permiten establecer cuáles son los criterios asumidos por el juez para privar cautelarmente de la libertad a una persona, ni contienen un análisis probatorio aunque sea muy conciso sobre el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. En este caso se reputa que el auto de detención es un *acto ilegal*, pues si se consigue que se declare fundado el recurso éste no produce efectos jurídicos. El auto de detención inmotivado es una resolución donde se constata *"vicios de actividad"*, o sea irregularidades en el proceso de formación de la resolución, que la tornan inexistente o anulable.

El recurso de apelación procede contra los mandatos de detención injustos, vale decir, cuando el razonamiento judicial expuesto en el auto de detención en base a las pruebas y a las exigencias jurídicas de la institución no se condice, a juicio del recurrente, con el mérito de lo actuado y de la ley. En este caso se estima que el auto de detención es un *acto injusto* –adecuado a la ley pero alejado del ideal de justicia–, por lo que contra él no cabe un remedio como es la anulación y sí tan sólo la rescisión, pues sólo presenta "*defectos de juicio*". Siendo así, es de concluir con CORTÉS DOMÍNGUEZ, que el recurso de apelación es concebido como un medio típico de gravamen [100]. La Corte Suprema ha establecido que el Tribunal revisor está autorizado a merituar debidamente las nuevas pruebas aportadas en el curso del procedimiento recursal, omisión que castiga con la nulidad del auto de vista [101].

El término para interponer ambos recursos es, según jurisprudencia constante de los tribunales, construida a partir del término del recurso de nulidad, de 24 horas de notificada o conocida la resolución (sistema del Código de Procedimientos Penales de 1940, art. 295º). En el Código Procesal Penal de 1991 es de tres días (art. 344º).

---

[100] CORTÉS DOMÍNGUEZ *et. al.*: *Derecho procesal civil*, cit., pp. 335–338.

[101] Ejecutoria suprema de 13 de enero de 1994, Exp. Nº 1021–93, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 331–332).

Ambos recursos se interponen ante al juez que dictó la medida, el cual debe dictar la resolución admisoria –o inadmisoria, de ser el caso– en el plazo de 24 horas y, acto seguido, formar el cuaderno respectivo y elevarlo al Superior Tribunal en el mismo plazo. La interposición del recurso no interrumpe la ejecución del mandato de detención, en atención al principio de ejecución provisional de las resoluciones impugnadas reconocido por el art. 336º del Código Procesal Penal. Además, la ley rituaria, en su mismo texto (art. 138º *in fine*), preceptúa que el recurso de apelación se concede en efecto suspensivo.

Si se acoge el recurso de queja, el efecto que trae consigo sería: **1)** Anular el mandato de detención, al infringirse el art. 139º.5 de la Constitución e incurrido en la causal de nulidad prevista en el art. 325º.3 del Código Procesal Penal de 1991; **2)** Apartar al juez del conocimiento de la causa y remitirla a otro juez, con lo que se respetaría la garantía de imparcialidad y, por ende, evitaría la contaminación propia de quien ha conocido aspectos sustanciales del proceso; y, **3)** Dictar las medidas disciplinarias que el caso amerite. Al nuevo juez le corresponde dictar una nueva medida, respetando el principio de motivación. No es imperativo que la medida sea de detención, aun cuando el tenor del art. 138º pareciera indicarlo así, puesto que en todo caso prima el principio constitucional de autonomía jurisdiccional.

Si se acoge el recurso de apelación, el Superior Tribunal revocará el auto de detención y dictará el fallo sustitutivo que corresponde: comparecencia simple o restrictiva, según el caso.

## 7. DETENCIÓN JUDICIAL Y PARÁMETRO DE LOS CUATRO AÑOS

El legislador de 1991 consideró que un criterio objetivo del *periculum in mora*, para apreciar el "peligrosismo procesal" era el de una de privación de libertad superior a los 4 años que podría merecer el imputado en caso de condena. Este criterio fue asumido sobre la base que hasta los 4 años de pena privativa de la libertad es posible imponer una pena de ejecución suspendida condicionalmente (art. 57º.1 del Código Penal). A partir de esa premisa se estimó que los encarcelamientos preventivos disminuirían considerablemente; sin embargo, no se advirtió que los jueces interpretarían este requisito como definitorio para dictar el mandato de detención y que la implementación de una política criminal sobrecriminalizadora tuvo como uno de sus ejes centrales aumentar consistentemente las penas con el propósito deliberado de punir desde

el proceso penal, es decir, de estructurar enjuiciamientos con reos en cárcel y delitos inexcarcelables.

Por ello, la necesidad de configurar correctamente la detención judicial a partir del principio de excepcionalidad obliga a redefinir el principio de proporcionalidad, es decir, a no centrarlo exclusivamente en el binomio pena conminada vs. detención judicial. Si se tiene en consideración que el principio de proporcionalidad, como explica PEDRAZ PENALVA, exige al legislador prever los medios adecuados y exigibles para alcanzar el objetivo propuesto [102], el criterio sustancial no debe estar –como ya precisamos– en la pena probable, pues ello configuraría la detención como un anticipo de pena, con infracción al principio de inocencia y del juicio previo, sino en los peligros para la ejecución de la probable sentencia condenatoria, en el que la pena previsible –siempre que sea grave– sería un factor que obligatoriamente debe estar unidos a otros (v. gr.: arraigo en el país, carácter y moralidad, etc.). Por otro lado, Tampoco puede admitirse que una pena privativa de la libertad mayor de 4 años es grave, puesto que ese límite es, en todo caso, el de una pena leve: por debajo de él procede imponer una condena condicional. Por tanto, habría que pensar si se quiere consignar un límite objetivo –con los peligros que conlleva– mucho mayor, entre seis y ocho años, como sería el caso de la prisión preventiva en el Código argentino.

## IV. LA COMPARECENCIA

### 1. ASPECTOS GENERALES

La comparecencia o citación cautelar es una medida cautelar que presupone una mínima constricción posible de la libertad personal. El imputado está sujeto al proceso, de ahí que siempre representa una limitación a la libertad personal, pero ésta es mínima toda vez que no es detenido o ingresado a un establecimiento penal. La libertad de movimientos y ambulatoria está afectada ligeramente, pues cuando se le cite está obligado a comparecer, sea para que preste declaración o para quien intervenga en alguna otra diligencia procesal (art. 144º, primer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991).

[102] PEDRAZ PENALVA: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», cit., p. 83.

La comparecencia está prevista en el art. 143º del Código Procesal Penal para las imputaciones por delitos leves y para aquellos casos en que no exista peligrosidad procesal. Además, está configurada como una alternativa a la detención judicial, para lo cual se han reconocido un conjunto de restricciones que pueden imponerse, según el nivel de peligro procesal. De ahí que podamos clasificar la comparecencia, en simple y restrictiva.

El imputado, en el caso de la comparecencia restrictiva, está obligado a observar las restricciones impuestas, de lo contrario –según prescribe el art. 144º, segundo párrafo, de la ley rituaria–, se revocará la comparecencia y se dictará mandato de detención. Si se ha dictado mandato de comparecencia simple, el incumplimiento a la citación que se le haga determinará –a tenor del art. 144º, primer párrafo, del Código Procesal– la citación compulsiva que será ejecutada por la policía.

## 2. LA COMPARECENCIA SIMPLE

La comparecencia, en cuanto a sus presupuestos, está delimitada negativamente. Señala el art. 143º, primer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991 que se dictará comparecencia cuando no corresponda la medida de detención; esto es, cuando no existan pruebas acabadas de la comisión de un delito doloso, o cuando los recaudos acompañados por el Fiscal no permitan formular un juicio de probabilidad delictiva del imputado, o cuando la sanción a imponerse en caso de condena no superaría los 4 años de privación de libertad y/o no exista suficiente peligro de fuga o de oscurecimiento de la actividad probatoria.

El último extremo del Párrafo final del art. 143º del Código Procesal Penal de 1991 prevé la comparecencia simple. Señala que se prescindirá de las restricciones, "si el hecho punible denunciado está penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen...".

Se considera *hecho punible leve* cuando la sanción conminada en abstracto no supera, en ningún caso, los cuatro años de privación de libertad. En estos supuestos la posibilidad de una pena privativa de libertad efectiva es de difícil imposición, por cuanto cabe suspender la ejecución de la pena (art. 57º.1 del Código Penal), reservar el fallo condenatorio (art. 62º.1 del Código Penal) o, en su defecto, convertir la pena privativa de libertad a multa, prestación de servicios comunitarios o limitación de días libres (arts. 32º y 52º del Código Penal). La ley presume que, en

estos casos, al no haber riesgo de una pena corporal efectiva, las posibilidades de afectar el proceso por la fuga o por acciones de oscurecimiento de la actividad probatoria son muy escasas, por lo que no es del caso utilizar la medida de detención concebida precisamente para combatirlos.

La otra causal para dictar mandato de comparecencia estriba en que las pruebas aportadas no justifican imponer restricciones. El aporte probatorio que alude la ley se refiere a los extremos de la imputación y a la peligrosidad procesal. El hecho punible imputado puede no ser leve (conminación penal –en el extremo más grave– superior a los 4 años de privación de libertad), pero si el *fumus boni iuris* no está acreditado según las exigencias cautelares ya descritas o si bien el delito puede merecer, en caso de imponer sentencia condenatoria, pena superior a 4 años de privación de libertad o no existen evidencias razonables de peligrosidad procesal, el juez está obligado a dictar mandato de comparecencia simple.

La *conducción compulsiva* está condicionada al incumplimiento, se entiende injustificado, de la citación para declarar o para otra diligencia procesal. Se cumple por la policía e importa la ubicación y conducción por la fuerza del omiso ante el órgano jurisdiccional requiriente. Cesa una vez realizada la diligencia que determinó su imposición y a la que no asistió el imputado. En todo caso, debe levantarse antes de las 24 horas de ejecutada.

La conducción compulsiva no sólo está reservada al Juez. En cuanto se trata de una afectación mínima a la libertad personal, también podría dictarla la Policía y el Ministerio Público. El poder de investigación que tienen policías y fiscales no podría ejercerse de estar imposibilitados de convocar a los presuntos implicados, y a terceros inclusive, para la realización de las averiguaciones correspondientes. Ahora bien, el art. 67º del Código Procesal Penal de 1991 autoriza al Fiscal que en caso de inconcurrencia a una citación pueda disponer la conducción compulsiva del omiso. No existe similar norma tratándose de la policía, quien solamente tendría poder de citación, mas no de conducción del omiso a la sede policial, para lo cual sería del caso habilitar la norma legal correspondiente, a tenor de lo dispuesto en el art. 2º.24.'b' de la Constitución.

### 3. LA COMPARECENCIA RESTRICTIVA

El art. 143º del Código Procesal Penal prevé dos modalidades de comparecencia restrictiva: la *obligatoria* y la *facultativa*. La primera se dic-

ta a los imputados valetudinarios. La segunda se impone a los imputados por delitos de mediana entidad y/o cuando existan riesgos no graves de fuga o de perturbación de la actividad probatoria. Es obvio que deben existir evidencias del hecho punible imputado y suficientes elementos probatorios que vinculen al imputado como autor o partícipe del mismo, así como algunos datos que permitan fundar un juicio, si bien atenuado, de peligro procesal. La intensidad del peligro procesal determina, en atención al principio de proporcionalidad, la propia imposición de la comparecencia restrictiva y de las alternativas correspondientes.

*A. La comparecencia restrictiva obligatoria*

Se trata de una alternativa a la detención radicada en los imputados mayores de 65 años de edad que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente. En estos casos, de no tratarse de una persona valetudinaria, correspondería dictar mandato de detención.

La situación especial de quien es mayor de 65 años de edad y está enfermo o incapacitado, obliga tanto a morigerar la reacción procesal –por el grave peligro para la salud que entrañaría un encierro en un establecimiento penal–, cuanto a estructurar un modo menos intenso de sujeción al proceso que el internamiento en una cárcel, siempre y cuando no haya riesgos –presentes y de primer orden– de perturbación de la actividad probatoria o de fuga. Se trata de supuestos, como apunta BARONA VILAR, en los que se da una presunción de debilitamiento, a los efectos de escapar a la justicia y, en consecuencia, el tan proclamado principio de proporcionalidad juega un papel fundamental, por cuanto la detención judicial ordinaria llegaría a ser desproporcionada a los fines que con ella se cumplen [103]. La ley presume que esta personas requieren, como apunta ASENSIO MELLADO, una atención y un trato especial que es imposible dispensarle en la prisión [104].

La restricción especialmente concebida para estas personas es la "detención domiciliaria". Esta restricción se cumple en el propio do-

[103] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 227–228.

[104] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 200.

micilio, lo que no excluye que lo sea en otro domicilio señalado por el Juez, con la vigilancia que se considere necesaria. Como quiera que una de las ventajas de esta medida frente a la detención ordinaria, según su lógica histórica –que FAIRÉN GUILLÉN la remonta al proceso aragonés de Manifestación–, es que el sujeto no pierde su trabajo, pérdida que no puede ser remediada –por su manifiesta limitación– con el trabajo penitenciario, es absolutamente posible que se permita al imputado en situación de detención domiciliaria poder desempeñar un trabajo profesional o productivo fuera de su domicilio. Por otro lado, es obvio que esta opción será viable para la detención restrictiva facultativa, en que la detención domiciliaria puede recaer en personas que no adolecen de alguna enfermedad o incapacidad, con lo que esta medida en nuestro ordenamiento jurídico se configura no como un régimen atenuado de detención sino como una alternativa a él [105].

*B. La comparecencia restrictiva facultativa*

Cuando no corresponda dictar mandamiento de detención ni, obligatoriamente, de detención domiciliaria, y siempre que exista determinado riesgo, aún cuando no de primer orden, de no comparecencia o de entorpecimiento de la actividad probatoria, el juez podrá dictar mandato de comparecencia con una o alguna de las 5 restricciones que se enumeran el art. 143º , tercer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991. Estas medidas, que luego se detallarán, tienen un carácter autónomo, pues son independientes unas de otras, al punto que pueden ser impuestas varias de ellas de modo simultáneo; y, buscan evitar el recurso a la detención judicial, construyendo un sistema alternativo a la relación comparecencia libre vs. detención judicial, de suerte que además reduzca la tasa de presos sin condena y disminuya la duración de la misma, intensificando el respeto de los derechos fundamentales y adecuando la defensa de los fines del proceso y el aseguramiento de la posible sentencia condenatoria con el principio de presunción de inocencia [106].

Las alternativas o restricciones son las siguientes:

1. Detención domiciliaria o permanencia vigilada en el domicilio.
2. Vigilancia de individuos o instituciones.

---

[105] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 230.

[106] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 208–209.

3. Orden de comparecer periódicamente o de no ausentarse.
4. Prohibición de comunicarse con determinadas personas.
5. Imposición de una caución económica.

El último párrafo del citado art. 143º prescribe que estas restricciones pueden imponerse solas o combinarse varias de ellas, según resulte adecuada al caso, de suerte que guiará la decisión judicial el principio de proporcionalidad. Además, corresponde al juez tomar las providencias necesarias para garantizar su cumplimiento. Ello significa que la ley sólo enumera las restricciones y deja al arbitrio judicial los controles que debe impartir para evitar que el fin procesal se vea alterado.

La orden de comparecer ante ciertas autoridades, que no necesariamente ha de ser la judicial –con lo que sigue el ejemplo germano–, es considerado como uno de los sustitutivos de la detención más efectivos, aunque su efectividad depende de la organización institucional que la sustente.

La orden de no ausentarse de un determinado lugar, que es de muy difícil control, importa una limitación al derecho a la circulación o libertad de tránsito (art. 2º.11 Const.), que puede comprender una zona de la ciudad, un departamento, una provincia, un distrito, un círculo de población o una comunidad. Su fundamento reside en la idea de que el imputado sometido a esta medida vive en condiciones ordenadas de vida y en su propio lugar de domicilio, ya que, de esa manera, puede considerarse como absolutamente integrado.

La caución es la garantía que el procesado ha de prestar y que se destina a responder de su comparecencia cuando es llamado por el juez que conoce de la causa. En tal virtud, como no responde a los perjuicios ocasionados por el delito, para determinar su calidad o clase y su cantidad o cuantía, apunta LORCA NAVARRETE, se tomará en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial [107]. El criterio sustancial que marca el monto de la cuantía de la caución es, por consiguiente, la posibilidad o intensidad de que existan riesgos para los fines del proceso. Sólo desde esa perspectiva se aprecian dos circunstancias

[107] LORCA NAVARRETE, Antonio: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 271.

concretas: gravedad del delito y el estado social y los antecedentes del reo, sin perjuicio de tener presente sus posibilidades económicas a fin de evitar cauciones muy elevadas y, de este modo, no discriminar a las personas por razón de su situación económica, lo que traería consigo la infracción al principio de igualdad. El monto de la caución puede ser variado, aumentado o disminuido en cuanto resulte necesario para asegurar los fines del proceso.

El inc. 5 del art. 143º del Código Procesal Penal de 1991 sólo menciona la caución y no hace referencia a la fianza, pese a que sí está regulada para la libertad provisional (art. 184º). La caución se clasifica en personal y material. La *caución personal* importa el pago de una determinada suma de dinero que debe ser empozada en el Banco de la Nación. La *caución material* importa el depósito de bienes o valores mobiliarios –caución pignoraticia– o la afectación de bienes hipotecables –caución hipotecaria–.

La fianza, por el contrario, es el aporte patrimonial, sea en dinero en efectivo o en inmuebles o bienes o valores mobiliarios que hace un tercero, destinado a garantizar las obligaciones procesales del imputado derivadas de la citación cautelar. Pese al texto legal, por analogía, es del caso extender la fianza a la restricción analizada; posición que se ve reforzada con el nuevo texto del art. 144º del Código Procesal Penal de 1991, instituido por la Ley Nº 26480, de 15 de junio de 1995, que aun limitativamente precisa que en caso de incumplimiento a las restricciones, el imputado "... perderá la caución y se ejecutará la garantía patrimonial constituida *o la fianza personal otorgada.*". La fianza, por consiguiente, sea esta personal, pignoraticia, hipotecaria o de otra índole, en tanto garantía patrimonial de las obligaciones procesales impuestas al imputado, es plenamente aceptable como medida autónoma sustitutiva de la detención. No es significativo que el aporte patrimonial corresponda al propio imputado o a un tercero, por cuanto lo esencial es que se presente tal garantía en resguardo de las obligaciones procesales impuestas al sujeto pasivo de la medida.

Es de precisar, finalmente, que la revocación en los casos de comparecencia restrictiva no sólo se produce cuando se incumplen las restricciones impuestas –ése es su supuesto específico–, sino también cuando no se concurre a las citaciones que se cursen al imputado para la realización de las diligencias procesales en que resulte necesaria su presencia, puesto que éste es el supuesto común y propio de toda medida de com-

parecencia. El cumplimiento de las restricciones es un *quid pluris* en atención al mayor peligrosismo procesal, adicional a la obligación –común a todos los imputados con orden de comparecencia– de asistir a las diligencias del proceso.

## V. EL IMPEDIMENTO DE SALIDA

El art. 146º del Código Procesal Penal de 1991 considera el impedimento de salida como una medida independiente. La función que le asigna dicha norma, sin embargo, no es meramente cautelar, radicada en el imputado y para evitar fuga y/o entorpecimiento de la actividad probatoria, pues también se extiende al testigo, en cuyo caso está configurada como una medida coercitiva tendente a garantizar la "indagación de la verdad".

No obstante ello, el derecho comparado ha encontrado el fundamento de esta medida en la idea de impedir la fuga del imputado. BARONA VILAR, sostiene que el impedimento de salida, sin duda no supone la posibilidad absoluta de evitar la posible fuga pero hay que tener en cuenta que, al menos, puede hacerla más difícil y, de ese modo, disminuir el riesgo de fuga. El imputado en esas condiciones, sobre todo de huir al extranjero sin la documentación en regla, ve dificultada sus posibilidades de subsistir y trabajar [108].

El impedimento de salida, en cuanto medida cautelar que restringe el derecho de circulación de las personas, garantizado por el art. 2º.11 de la Constitución, debe dictarse mediante auto fundado, es decir, resolución motivada con indicación de los fundamentos de hecho y de la ley aplicable (art. 139º.5 de la Constitución) y con absoluto respeto al principio de proporcionalidad: solamente se impondrá si no resulta suficiente la medida alternativa de obligación de no ausentarse de la localidad prevista en el inc. 3º del art. 143º de la ley de rito y en la medida estrictamente necesaria, en tanto exista riesgo tangible, para evitar la fuga del imputado. En tal virtud, no puede dictarse en delitos leves, cuya pena conminada no excede de 4 años de privación de libertad, y en aquellos casos en que se deba imponer comparecencia libre.

---

[108] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 236–237.

El art. 147º del Código Procesal Penal de 1991 condiciona la aplicación de esta medida a la exclusiva petición del Ministerio Público, en cuanto promotor de la acción judicial, conductor de la investigación del delito y titular del ejercicio de la acción penal (art. 159º, incs. 1, 4 y 5, de la Constitución). La parte o el actor civil no tiene legitimación para solicitar esta medida, pues no se centra de modo inmediato en evitar la posible insolvencia del imputado y con ello perjudicar su interés indemnizatorio. Por otro lado, el Código establece que se trata de una medida temporal, la que estará determinada por las necesidades de protección de los fines del proceso (art. 148º).

## VI. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS PERSONALES

### 1. ASPECTOS GENERALES

Las medidas preventivas personales son próximas a las medidas cautelares personales, pero en puridad son esencialmente distintas a ellas. En efecto, estas medidas si bien pueden suponer una restricción provisional del mismo bien jurídico o derecho que sería afectado por una pena (privación de la libertad personal en el caso del internamiento de anormales psíquicos y de determinados derechos civiles en el caso de la privación del permiso de conducir, del ejercicio de alguna actividad, etc.), no cumplen una función sustancialmente cautelar –el imputado no puede alterar su ejecución con antelación a su imposición– sino *una función preventiva de ulteriores delitos del imputado, que ha revelado una cierta peligrosidad al haber cometido un determinado delito* [109].

La función de una medida de prohibición temporal de ejercer una determinada profesión o actividad, no es servir –como ya se dijo– a los fines de aseguramiento del proceso penal, sino que tiene una función preventiva y de policía. El Juez, en este caso –apunta Claus ROXIN– tiene que valorar la peligrosidad real del imputado y las consecuencia de la prohibición de un determinado trabajo o actividad para el mismo a la luz de los derechos fundamentales que venga a defender la denominada

[109] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, pp. 576.

libertad laboral que acuña la Constitución; además, para adoptar estas medidas deben darse motivos graves pues no basta la mera sospecha de haber cometido un delito. El principio de proporcionalidad será determinante en la apreciación de la medida [110].

2. LAS MEDIDAS INTERDICTIVAS

Ni el Código Procesal Penal de 1991 y, menos, el Código de Procedimientos Penales de 1940 contienen disposiciones sobre la materia. El Proyecto de Código Procesal Penal de 1995, siguiendo el modelo italiano, incorporó un capítulo a las medidas coercitivas, denominado "de las medidas interdictivas". Sus características son las siguientes:

**a)** Estas medidas se relacionan con la pena de inhabilitación (art. 36º del Código Penal) y no pueden durar más de la mitad del tiempo previsto para dicha pena en el caso concreto.

**b)** Las medidas que pueden adoptarse son las de suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; del ejercicio de un cargo, empleo o comisión de carácter publica; o del ejercicio de actividades profesionales, comerciales o empresariales. También puede adoptarse la suspensión temporal para conducir o portar armas de fuego.

**c)** Dos son los presupuestos que habilitan su imposición: **1)** el *fumus boni iuris*, esto es, que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; y, **2)** que exista *peligro concreto* que el imputado perjudicará la actividad probatoria (función que el Código reconoce a las medidas cautelares, aplicable especialmente al que ejerce cargos públicos o una actividad en cargos directivos, que al permanecer en su puesto pueda entorpecer u oscurecer las fuentes probatorias) o cometerá delitos de la misma clase de aquel por el que se procede (función típicamente preventiva, que la convierte básicamente en medida de seguridad y de policía).

El Proyecto de 1995, por consiguiente, configura las medidas interdictivas otorgándole dos funciones: a) cautelar; y, b) de seguridad. La primera, aun cuando discrepamos con otorgar al oscurecimiento probatorio semejante función, se encuentra como tal expresamente pre-

[110] Citado por BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 243–244.

vista en el Código Procesal de 1991 (art. 135º.3). La segunda función, autónoma respecto de la primera, es la de prevenir futuros delitos, para lo que es de relacionar la actividad ejercida por el imputado con el ilícito instruido y a partir de ese vinculo causal formular un juicio de probabilidad delictiva en el mismo rubro del que es objeto del proceso.

### 3. El internamiento provisional del anormal psíquico

En el derecho comparado el internamiento de un anormal psíquico está considerado como una medida alternativa o sustitutiva a la detención judicial, que viene a suponer una vía a aplicarle a fin de someterlo a un tratamiento determinado o especial. Allí se incluye a los toxicómanos, alcohólicos e, inclusive, a quien sea susceptible de propagar alguna enfermedad contagiosa, previéndose la ordenación de medidas médicas pertinentes.

El art. 191º del Código de Procedimientos Penales de 1940 estatuye que si el juez, a las resultas de la pericia psiquiátrica, se persuade que el inculpado padece de enajenación mental, previo dictamen fiscal, ordenará su *ingreso al asilo de insanos*, y elevará la instrucción al Tribunal para que resuelva definitivamente. El art. 190º prevé, por el contrario, que si el inculpado pasa por una perturbación de su conciencia que atenúe su responsabilidad dictará la *medida* que juzgue conveniente. En el caso de los drogadictos, el art. 28º del Decreto Ley Nº 22095 prescribe que, previa pericia médico–legal, si se acredita la condición de drogadicto de un procesado por tráfico ilícito de drogas, se *le internará en un centro estatal de rehabilitación para fármaco dependientes.*

Obviamente estas medidas presuponen que el imputado está sufriendo detención judicial y que como consecuencia del informe psiquiátrico resulta necesario, mientras se resuelve definitivamente su situación jurídica, arbitrar una medida especial de prevención y seguridad. Nuestro ordenamiento jurídico no prevé, sin embargo, con la rigurosidad necesaria –tampoco lo hace el Código de 1991 y el Proyecto de 1995–, a semejanza del modelo alemán, el internamiento del imputado en una institución especializada como cauce procesal cautelar independiente. Sólo reconoce, de manera expresa, la internación como medida penal de seguridad con fines terapéuticos o de custodia, tanto para los inimputables cuanto para los imputables relativos, toxicómanos o alcohólicos imputables (arts. 73º, 74º y 77º del Código Penal). El internamiento provisorio está previsto para quien se encuentra con mandato

de detención y necesariamente requiera el informe pericial psiquiátrico correspondiente; además ha sido regulado como una vía inmediatamente anterior a la decisión final de aplicar en su caso la medida de seguridad de internación.

Es de destacar que, por ejemplo, la Ordenanza Procesal Penal alemana tiene dos normas esenciales, que desde esta perspectiva pueden resultar muy útiles: los arts. 81º y 126º a).

*A.* El art. 81º dispone que para preparar el informe psiquiátrico, después de oír al perito y al defensor, el juez podrá adoptar la *medida provisional de internamiento* en hospital psiquiátrico –que no debe sobrepasar de las 6 semanas–, sólo cuando sobre el inculpado recayeran muy fundadas sospechas de la comisión de un hecho antijurídico, siempre que no fuera desproporcionada respecto a la importancia del asunto y respecto a la pena o medida de seguridad esperadas.

*B.* El art. 126 a) prescribe que "si existieran motivos muy fundados para creer (1) que se ha cometido un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad o de capacidad disminuida, y (2) que se ordenará su internamiento en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación, el Tribunal podrá ordenar, por medio de orden de internamiento, su internamiento provisional en uno de esos establecimientos, *si ello viniera exigido por la seguridad pública*".

No obstante la relativa falta de ordenación legislativa, es de tener presente que el internamiento provisional es una medida que tiene funciones mixtas: cautelares y de seguridad. Su función es cautelar cuando trata de asegurar el cumplimiento de la posible sentencia condenatoria, sólo que, y aquí está la diferencia con la detención judicial, la condena es a medida de seguridad [111]. Su función es de seguridad porque permite "... la ordenación de medidas médicas pertinentes así como la posibilidad de curas de desintoxicación" [112].

[111] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 114.

[112] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 238.

# CAPÍTULO XXXVIII
# LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

I. Aspectos generales: 1. Introducción. 2. La responsabilidad civil. 3. La multa. 4. Las consecuencias accesorias: el decomiso. II. Presupuestos y clasificación. III. El embargo: 1. Concepto. 2. Características y aspectos procedimentales. 3. Sujetos pasivos de la medida. IV. El secuestro o incautación de bienes: 1. Aspectos generales. 2. El secuestro en el Código de 1991. 3. El secuestro en el Código de 1940. 4. El secuestro en el Código Penal. 5. El secuestro en la legislación penal especial. 6. El secuestro, la acción de restitución y la pena de multa. V. La inmovilización, la ministración provisional de la posesión y la suspensión de la actividad contaminante: 1. La inmovilización de bienes muebles. 2. La recuperación cautelar del bien usurpado o ministración provisional de la posesión. 3. La suspensión de la actividad contaminante.

## I. ASPECTOS GENERALES

### 1. INTRODUCCIÓN

Podemos definir las medidas cautelares reales, siguiendo a Coral ARANGÜENA FANEGO, como aquellas medidas procesales que, recayendo de modo exclusivo sobre el patrimonio del legalmente obligado a su prestación, están específicamente orientadas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede a declarar en su día la sentencia [113]. En consecuencia, están destinadas a asegurar cautelarmente las consecuencias jurídicas económicas del delito.

---

[113] ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., p. 119.

El concepto que se acoge, en orden a la definición del objeto del proceso cautelar real, requiere tener presente las nociones de responsabilidad civil y de las denominadas "consecuencias accesorias del delito", desde que el Código Penal las regula en un mismo título, aunque en capítulos diferentes (arts. 92º–101º y 102º–105º). Igualmente, como se trata de asegurar cautelarmente la efectividad de las responsabilidades pecuniarias, de las que no existen mayores precisiones en el Código Penal, es del caso incorporar en este estudio lo relativo a la pena de multa, específicamente el art. 44º del Código Penal.

## 2. La responsabilidad civil

Los arts. 92º y 93º del Código Penal fijan los alcances de la responsabilidad civil. Según lo dispuesto en el art. 92º, la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. Esta regla jurídica no admite excepciones. Se aplica independientemente de la voluntad de la víctima de instar o no el pago de la reparación civil y, según la jurisprudencia, también si la víctima o las demás personas señaladas por la ley decidan acudir a la vía civil con tal objeto, en cuyo caso les está vedada la posibilidad de personarse en el proceso penal.

En este orden de ideas, el art. 285º del Código de Procedimientos Penales de 1940, reproducido por el art. 304º del Código Procesal Penal de 1991, establece que la sentencia condenatoria debe contener, entre otros puntos, el monto de la reparación civil, la persona que debe percibirla y los obligados a satisfacerla". Sobre esta base normativa, el Código Procesal Penal de 1991 prescribe: (1) Que la etapa procesal de la investigación tiene como una de sus finalidades determinar "... la existencia del daño causado" (se trata de una norma que no tiene su correlato en el art. 72º del Código de 1940); (2) Que la acusación del fiscal debe contener "El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civilmente responsable, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo" (norma similar es la del art. 225º.4 del Código de 1940, así como la del art. 92º, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Ministerio Público); y (3) Que, en el acto oral, el abogado del actor civil expondrá lo conveniente a la fundamentación del derecho indemnizatorio que corresponda al agraviado o a su representante legal; mientras que el abogado del tercero civilmente responsable limitará su intervención a convenir o negar la obligación indemnizatoria, pudiendo alegar la inexistencia del daño, la

falta de motivos generadores de responsabilidad solidaria y cuanto convenga a la exoneración de su cliente (arts. 91º, 260º.5, 297º y 298º).

Las normas antes citadas, en buena cuenta, regulan la acción civil en el proceso penal, en cuanto instrumento procesal para ejercitar dentro de dicho proceso el derecho a la indemnización del daño civil causado por el hecho delictivo, y cuya naturaleza jurídica, anota José VÁSQUEZ SOTELO, se corresponde con la acción civil, que es un derecho al ejercicio de la jurisdicción para obtener una sentencia fundada si se han cumplido los presupuestos para su ejercicio [114].

Tratar conjuntamente la acción penal y la acción civil, que por lo demás tiene su fundamento en el principio de unidad de la jurisdicción, nos afilia, a diferencia de otros modelos como el inglés –denominado de "separación"–, al sistema de "adhesión obligatoria", o sea a la unión forzosa del juicio sobre la acción civil con el juicio sobre la acción penal, que –como sostiene ALONSO ROMERO– tiene su origen en las Partidas y que contemporáneamente es tributario de los modelos austríaco y portugués [115]. Sin duda alguna, este sistema resulta el más adecuado desde que, como precisa BUSTOS RAMÍREZ, se quita los inconvenientes de procesos separados, que van en cierto modo en contra de la obligación del Estado de prestar protección completa a los bienes jurídicos más importantes y al mismo tiempo proteger a la víctima [116].

En el proceso penal pueden instar el pago de la reparación civil, constituyéndose en parte civil o actor civil –denominación equivalente que en el primer supuesto utiliza el art. 54º del Código de 1940 y en el segundo supuesto el art. 82º del Código de 1991–, el agraviado, sus ascendientes, sus parientes colaterales y afines dentro del segundo grado, sus padres o hijos adoptivos o su tutor o curador, o sus personeros legales en el caso de que la persona no ejerza por sí sus derechos.

El nuevo Código también permite la intervención de actores sociales, tanto para denunciar la comisión de delitos cuanto para constituirse

---

[114] VÁSQUEZ SOTELO, José: «El ejercicio de la acción civil en el proceso penal», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, p. 107.

[115] Citado por ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., pp. 230–243.

[116] BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 417.

en actores civiles; sin embargo, condiciona su participación en el proceso a varios requisitos: **1.** Que se trate de un delito que guarde relación específica con sus fines sociales; **2.** Que el delito sea de persecución pública; y **3.** Que el agraviado, siempre que se trate de un delito que afecta bienes jurídicos personales, no se constituya en actor civil o, en su defecto, que acepte expresamente su intervención. El último requisito significa que los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o intereses difusos, como es el caso típico del delito ambiental, para el que existe una norma especial en el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, permiten ampliamente la intervención de Organismos No Gubernamentales, inscritos y reconocidos como tales, cuya finalidad sea la defensa de los derechos humanos.

El contenido de la responsabilidad civil está señalado en el art. 93º del Código Penal. La reparación civil comprende: **1.** la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor. **2.** la indemnización de los daños y perjuicios. Desde el punto del derecho civil, como apunta GÓMEZ ORBANEJA, estamos objetivamente ante una pluralidad de acciones, debiendo precisar que la restitución no pertenece técnicamente a la institución jurídica de la reparación del daño [117].

La acción de restitución hace referencia a la acción de volver una cosa a quien la tenía o a restablecer una cosa en el estado que antes tenía. Su función es la de restablecer el *status quo ante*. Su objeto, más que reparar los efectos nocivos del delito, lo que trata es de evitarlos en todo o en parte. La restitución se entiende no necesariamente con el autor del delito sino con quien tenga el bien en su poder (art. 94º del Código Penal). Por ello es que se sostiene que el deber de restituir, en este contexto, no se funda en la antijuricidad y culpabilidad del hacer del obligado [118].

La restitución es presentada por el art. 93º.1 del Código Penal como preferente frente a la acción de indemnización. Si el bien de propiedad de la víctima, objeto del delito, ha sido ubicado y es –material y jurídicamente– posible su restitución, es de rigor acordarla. CÓRDOBA RODA da dos buenas

---

[117] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1947, T. II, p. 348.

[118] GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., p. 350.

razones de esta primacía: 1. Porque no es indiferente el recibir la misma cosa en lugar de un equivalente a la misma; 2. Porque la restitución, a diferencia de lo que acontece en la otra acción, permite perseguir la entrega de la cosa aunque la misma haya pasado a terceros [119]. Por lo demás, es obvio que los daños y desperfectos que pueda haber sufrido la cosa disminuyen ciertamente su valor, por ello, según Gerardo LANDROVE DÍAZ, el responsable civil está obligado, no sólo a la restitución, sino también al abono de los deterioros o menoscabos que la cosa hubiere sufrido [120].

La acción de indemnización de daños y perjuicios comprende en estricto la responsabilidad civil –la acción de restitución, según ARANGÜENA FANEGO, integra el amplio grupo de las responsabilidades pecuniarias [121]–. En tanto nuestro Código Penal asume una concepción unitaria de la responsabilidad civil (no diferencia la reparación de la indemnización, que en realidad son la misma cosa), es de entender –siguiendo a PEDRAZ PENALVA [122]– que la indemnización o reparación es aquel instituto dirigido a colmar la pérdida –o afectación, agregamos– sufrida por el perjudicado en su patrimonio, atribuyéndole la cantidad de dinero equivalente al valor que tenía antes de la comisión del evento dañoso. Por ocasionar tanto los daños como los perjuicios un vacío o disminución patrimonial, su resarcimiento se efectuará a través de ese medio que es el dinero. En este concepto, donde la noción de daño es central, debe incluirse no sólo los daños patrimoniales sino también los daños morales o, con mayor propiedad, los daños no patrimoniales. De ahí, que MORILLAS CUEVAS anote que se trata, a fin de cuentas, de compensar los perjuicios materiales y morales, estimables económicamente, ocasionados por la realización delictiva [123]. La indemnización, al fin y al cabo, resalta Enrique RUIZ VADILLO, debe ser integral y, por tanto, comprender la reparación de los

---

[119] Citado por MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 171.

[120] LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 159.

[121] ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., p. 246.

[122] PEDRAZ PENALVA: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», cit., pp. 39–40.

[123] MORILLAS CUEVA: *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 173.

daños y perjuicios, tanto los físicos –en las personas y en las cosas– como los morales –el sufrimiento y el dolor– [124].

Ahora bien, como acota José Luis VÁSQUEZ SOTELO, de un hecho definido y castigado como delito no se deriva necesariamente responsabilidad civil –la acción delictiva debe atacar bienes tutelados por las normas civiles–, pues ella es propia de los delitos "de lesión", que suponen un ataque consumado a los bienes protegidos, y puede faltar en los delitos puramente "formales" o "de peligro", o cuando la acción delictiva fue meramente intentada. Sin embargo, es del caso matizar esta última afirmación, desde que la ausencia de responsabilidad civil dependerá que los primeros pasos del *iter criminis* no hayan podido llegar a constituir un ilícito civil que haya generado consecuencias dañosas que deben ser resarcidas, lo que también puede ocurrir con los delitos "formales" [125].

### 3. LA MULTA

La multa es una pena de carácter pecuniario o patrimonial dada su incidencia sobre la fortuna del sujeto activo del delito. El condenado a esta pena, reza el art. 41º del Código Penal, está obligado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días–multa. Como tal, explica MORILLAS CUEVAS, tiene un exclusivo carácter económico que afecta al patrimonio del individuo sancionado con ella [126]. La intervención en el patrimonio del penado, enseña Luis GRACIA MARTÍN, es el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo, un sufrimiento, para intervenir sobre su voluntad [127]. Su ventaja fundamental, puntualiza Claus ROXIN, radica en que (1) evita el aislamiento social del autor, que lleva consigo generalmente la pena privativa de libertad, y (2) puede ser fijada de modo adecuado a las circunstancias personales y económicas del sujeto [128].

---

[124] RUIZ VADILLO, Enrique: «La responsabilidad derivada del delito», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, p. 21.

[125] VÁSQUEZ SOTELO: «El ejercicio de la acción civil en el proceso penal», pp. 106–107.

[126] MORILLAS CUEVA: *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 69.

[127] GRACIA MARTÍN, Luis y MAGUELONE ZODER, Isabel: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 143.

[128] ROXIN, Claus: «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», en su *Política criminal y Reforma penal*, Temis, Bogotá, 1982, p. 31.

Es de resaltar que en nuestro sistema punitivo, la multa supone, como apunta Miguel PÉREZ ARROYO, la introducción de penas alternativas, conjuntas o sustitutorias, en tanto puede ser fijada sola o conjuntamente con alguna que implique limitación de derechos o suspensión del fallo condenatorio, como medida alternativa a la pena privativa de libertad [129]. Ésta es su función político criminal más saltante.

La multa, es del caso enfatizar, tiene un contenido penal: es una obligación de derecho público con carácter penal. Se distingue del resarcimiento –vinculado a la reparación civil– en que aspira a causar un mal al delincuente, mientras que aquél se dirige a la eliminación del daño causado a la víctima; además, sólo es reclamable al autor o partícipe del delito y únicamente se puede imponer a través del proceso penal, en cambio el resarcimiento puede reclamarse a terceros (que es el caso del tercero civil) y también en la vía extra–penal.

El art. 44º del Código Penal precisa cómo debe pagarse la multa. Así tenemos que: **1.** Se paga dentro de los diez días de pronunciada la sentencia, en rigor cuando adquiere firmeza. **2.** A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, puede abonarse en cuotas mensuales. **3.** Se puede cobrar mediante el descuento de la remuneración del condenado, siempre que se trate de una pena única o acumulada con la pena limitativa de derechos o en los supuestos de condena condicional –y, agregamos nosotros, cuando corresponda disponer la reserva del fallo según el inc. 1 del art. 62º del Código Penal–.

En tal virtud, es de considerar que en tanto la multa compromete el patrimonio del condenado, integra el contenido de las responsabilidades pecuniarias y, como tal, puede ser asegurada mediante medidas cautelares reales, aun cuando su contenido sea penal y no civil, respecto del cual –el resarcimiento– es procedente el embargo (recuérdese además que para asegurar la acción de restitución, que integra la responsabilidad civil, se encuentra el secuestro o incautación). El hecho de que el art. 44º del Código Penal establezca que el cobro de la multa puede efectuarse mediante el descuento de la remuneración del condenado no obsta a su aseguramiento cautelar, por cuanto puede estarse ante un

[129] PÉREZ ARROYO, Miguel: «Las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal peruano», en: *Derecho y Sociedad*, Nº 11, Lima, 1996, p. 238.

reo que no tiene trabajo dependiente y aun en ese caso es posible temer su insolvencia al retirarse del trabajo, etc. Igualmente, el que sea factible imponer pena privativa de libertad si el condenado solvente no cumple con el pago de la multa (art. 56º del Código Penal) tampoco resulta significativo, puesto que el propio texto legal precisa que esta pena puede ser ejecutada en sus bienes, de suerte que frente a un peligro concreto de rebeldía al pago de la multa resultaría razonable proceder al aseguramiento cautelar correspondiente.

### 4. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS: EL DECOMISO

El Capítulo II del Título VI del Libro Primero del Código Penal, bajo la denominación "Consecuencias Accesorias", regula el decomiso y otras medidas aplicables a las personas jurídicas.

Federico PUIG PEÑA define el decomiso como la "incautación definitiva que el Estado, por medio de sus órganos judiciales, realiza de los instrumentos y productos del delito para dar a los mismos la aplicación determinada en las leyes" [130]. Esta institución se extiende a: **1.** Los efectos provenientes de la infracción penal (art. 102º); **2.** Los instrumentos con que se ejecutó el delito (art. 102º); y 3. Los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, "en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes" (art. 104º).

El art. 105º del Código Penal prevé la imposición de medidas, obviamente coercitivas aunque desprovistas de carácter punitivo para las personas jurídicas, cuando el hecho punible se cometió en ejercicio de su actividad social o se utilizó su organización para favorecerlo o encubrirlo. Las medidas pueden ser la clausura de sus locales, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades y la prohibición de realizar en el futuro actividades vinculadas al ilícito perpetrado. Su fundamento radica en la peligrosidad objetiva de la organización de medios materiales o de las concretas actividades que se llevan a cabo a través de la estructura de la organización o de la empresa. Su imposición es también expresión del poder coercitivo, no del poder punitivo, del Estado.

---

[130] PUIG PEÑA, Federico: «Comiso», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, T. IV, p. 455.

El decomiso es visto en nuestro Código Penal como una consecuencia accesoria del delito o medida *sui generis*, no como una pena que, al decir de JESCHECK, tiende al restablecimiento de una situación patrimonial ajustada a Derecho [131]. Su imposición obedece a criterios no punitivos sino económicos; su presupuesto no es la culpabilidad sino el hecho antijurídico. Se trata, según sostiene GRACIA MARTÍN, de medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, cuyo presupuesto es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales [132]. Cabe dictarla cuando la comisión delictiva importa la existencia de bienes de orden patrimonial, ya sea utilizados para su ejecución o que constituyan producto de los beneficios económicos aprovechados y producidos por el imputado. Como tal, al recaer sobre cosas concretas, tiene un carácter real (la multa en cambio tiene un carácter obligacional).

El fundamento del decomiso, explica GRACIA MARTIN, no obedece a un criterio unitario. Así tenemos que: **1.** En el decomiso de las ganancias, se encuentra en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita; **2.** En el decomiso de los instrumentos y efectos delictivos, se encuentra en la peligrosidad objetiva de la cosa cuando está a disposición de determinadas personas: aseguramiento de la colectividad frente al peligro de que tales cosas sean utilizadas para la comisión de delitos [133].

El objeto del decomiso, como ya se anotó, son los efectos provenientes del delito y los instrumentos con que se hubiere ejecutado, salvo que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción. Se entiende por efecto del delito a su producto, o sea los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva. En esta noción, aun cuando habría sido conveniente diferenciarla en un rubro independiente –como lo hace el vigente Código Penal español– por la diferente fundamentación que tienen, es del caso incluir las ganancias o beneficios obtenidos por el delito, cuya finalidad –aparte de su efecto intimidatorio–, puntualiza

---

[131] JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 721.

[132] GRACIA MARTÍN / MAGUELONE ZODER: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, cit., p. 447.

[133] GRACIA MARTÍN / MAGUELONE ZODER: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 439–441 y 445.

Isabel MAGUELONE ZODER, es la de evitar que el reo se enriquezca injustamente y que con este dinero pueda cometer más delitos [134]. El producto del delito abarca tanto los objetos creados propiamente dichos, como los transformados o adulterados mediante la infracción.

Los beneficios o las ganancias (productos mediatos) también integran los efectos del delito (*producta scaeleris*), pues concretan la actividad delictiva –en puridad los beneficios de la misma– que mediante el comiso pretende ponerse coto. El decomiso, en este caso, es una reacción frente al enriquecimiento injusto. Si bien el Código Penal no precisa los alcances del "efecto del delito", resulta interesante destacar lo dispuesto en el art. 104º cuando, en el caso de las personas jurídicas, señala la privación de los beneficios obtenidos como consecuencia del delito cometido por sus funcionarios o dependientes. Esta referencia normativa permite colegir fundadamente que "las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar", deben ser decomisadas, medida que incluye, desde luego, al producto inmediato de la actividad criminal (v. gr.: el billete falsificado en el delito monetario, las drogas en el delito de tráfico ilícito de drogas), y que se extiende tanto a las ganancias obtenidas por el propio imputado, cuanto –en el caso de las personas jurídicas– a los beneficios obtenidos por la actividad delictiva de sus funcionarios o dependientes, en tanto el delito se cometió en el ejercicio de la actividad social. Como base para la aplicación de esta medida, enuncia GRACIA MARTÍN, debe bastar la prueba de que el delito produjo determinados beneficios y que éstos representan para su destinatario un enriquecimiento sin causa, un provecho ilícito [135].

Gobierna la interpretación de la institución, en palabras de PUIG PEÑA, "la necesidad de evitar que el delincuente aumente su patrimonio –en lo que constituye un enriquecimiento ilícito– a costa del empobrecimiento de la persona que resulta perjudicada por la infracción" [136]. En cambio, y por lo anterior, aclara CÓRDOBA RODA, el decomiso no opera, al

---

[134] GRACIA MARTÍN / MAGUELONE ZODER: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, cit., p. 178.

[135] GRACIA MARTÍN / MAGUELONE ZODER: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, cit., p. 452.

[136] PUIG PEÑA: «Comiso», cit., p. 456.

no ser considerado como efecto del delito, en aquellas cosas que representan el objeto de la infracción, v. gr.: objeto material del delito de tenencia ilícita de armas sería el arma misma en posesión del autor [137].

Los instrumentos del delito (*instrumenta scaeleris*) son los objetos o elementos *esenciales* y no meramente accidentales con los que se consigue la objetividad típica. PUIG PEÑA, acota que son todos aquellos útiles empleados por el delincuente para la realización cumplida de su propósito criminal, bien estén situados en la misma línea del delito, bien estén emplazados en un campo aparte; asimismo, son instrumentos del delito el precio del delito, es decir, el dinero o cualquiera otra utilidad material que una persona entrega a otra en *pactum sicaris*, para que ésta lleve a efecto la realización del propósito criminal ideado por aquélla [138]. Son ejemplos típicos de instrumento del delito el arma con el que se amenaza a una persona para sustraerle sus pertenencias o el vehículo donde se transporta drogas.

El art. 103º del Código Penal permite no decretar el decomiso o decretarlo parcialmente, ya sea cuando los efectos o los instrumentos del delito no sean de ilícito comercio (primer supuesto) o cuando su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal (segundo supuesto).

El Código Penal no precisa el destino de los bienes decomisados, tampoco distingue, para estos efectos, entre cosas de lícito y de ilícito comercio. Sin embargo, estando el decomiso destinado tanto a sancionar la plusvalía delictiva cuanto la tenencia de objetos que permitan la comisión de la infracción penal y no siendo una pena, su destino natural es el de cubrir las responsabilidades pecuniarias del imputado, derivadas de la perpetración del hecho punible. Así lo dice expresamente, por ejemplo, el art. 127º del Código Penal español. El art. 104º del Código Penal nacional refuerza esta posición al señalar que el decomiso de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas procederá, "en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de los autores del delito". De ahí pues que, respecto a su extensión, presentará determinadas variables: **1.** De tratarse de bienes de lícito comercio, se aplicarán a cubrir la responsabilidad civil; **2.** Si son de ilícito

[137] CÓRDOBA RODA, Juan: *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1972, p. 196.

[138] PUIG PEÑA: «Comiso», cit., p. 456.

comercio, se les destinará a lo que corresponda a los fines públicos (v. gr.: destrucción o inutilización en caso de drogas o incorporación al erario estatal en caso de bienes objeto de contrabando).

La legislación penal especial, si bien respeta los lineamientos del Código Penal, introduce algunos cambios en la sistemática general antes glosada. Así tenemos, por ejemplo, los casos de los delitos de tráfico ilícito de drogas y aduaneros.

**1.** El Decreto Ley Nº 22095, modificado por el Decreto Ley Nº 22095, arts. 66º y 70º, prescribe, de un lado, que serán decomisados las drogas, insumos, fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación de drogas, así como los cultivos –que serán destruidos–, los terrenos, el dinero empleado u obtenido en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas; y, de otro lado, que los bienes serán adjudicados al Estado o, si no pueden ser utilizados por las dependencias públicas, vendidos en pública subasta y su producto ingresado al Tesoro Público, al igual que el dinero.

**2.** La Ley Nº 26461, Capítulo VII, estatuye que se decomisarán las mercancías provenientes de los delitos de contrabando y defraudación de rentas de aduana, así como los demás efectos e instrumentos del delito, incluyendo los medios de transporte. Estos bienes se rematarán y/o se adjudicarán en favor del Estado.

## II. PRESUPUESTOS Y CLASIFICACIÓN

Las medidas cautelares –según se ha expuesto–, en virtud a su característica de instrumentalidad, están preordenadas a garantizar la efectividad de la posible sanción–penal, civil y *sui generis* o accesoria– que se imponga a quien resulte responsable de la comisión de un delito; y, afirman SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS MÉNDEZ, en atención a su nota característica de homogeneidad –que no identidad–, permiten asegurar el derecho afirmado, adelantando parcialmente alguno de los efectos de la resolución definitiva, mientras es discutido en el proceso para mantenerlo íntegro en fase ejecutiva una vez reconocido en la sentencia judicial [139].

---

[139] SERRA DOMÍNGUEZ / RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., pp. 18–19.

Por ello, el aseguramiento cautelar real –en cuanto limita la posibilidad de la disponibilidad de ciertas cosas– es una respuesta procesal a: **1.** La reparación civil, en sus extremos de restitución e indemnización (responsabilidad civil); **2.** Al pago de la multa (responsabilidad penal de carácter patrimonial); y **3.** A la satisfacción de las demás responsabilidades pecuniarias, como es el decomiso. En suma, las medidas cautelares reales buscan tutelar, como enseña PEDRAZ PENALVA, los intereses pecuniarios conexos al hecho ilícito penal, a declarar en la sentencia [140].

En cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares reales, es de anotar lo siguiente:

**1.** El "*periculum in mora*" es, a juicio de PEDRAZ PENALVA [141], el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso, por la lentitud del proceso, en expedirse la resolución definitiva. Siguiendo la distinción efectuada por CALAMANDREI entre peligro de infructuosidad y peligro de retraso, las medidas cautelares reales se fundamentan en la necesidad de evitar el primer peligro, que conlleva la exigencia de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz la ejecución forzosa. Por ende, no es menester probar que el imputado ocultará o hará desaparecer sus bienes, así como su suficiencia o insuficiencia patrimonial, basta la simple valoración objetiva que nace de la imputación delictiva fundada. A este objetivo de evitar la infructuosidad de la sentencia está llamada la medida cautelar real. TOMÉ PAULE, explica que como el proceso penal ha de durar un tiempo difícil de predeterminar, es posible que durante ese tiempo el responsable pretenda crearse una situación de insolvencia que le exima el pago de las responsabilidades que le han de exigírsele [142].

**2.** El "*fumus boni iuris*", en tanto se considera que la tutela cautelar penal se extiende no sólo a la defensa de intereses privados sino que va orientada inmediatamente también a la tutela de intereses públicos o generales, constituye un presupuesto esencial que consiste en una ra-

---

[140] PEDRAZ PENALVA: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», cit., p. 81.

[141] PEDRAZ PENALVA: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», cit., pp. 93–99.

[142] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 270.

zonable atribución a una persona determinada de la comisión de una infracción penal. A diferencia del proceso civil, precisa ARANGÜENA FANEGO, en sede penal el objeto a ser tomado en cuenta es la comisión de un delito y su atribución a una persona determinada, y lo que se valora es la concurrencia de indicios de criminalidad en la persona sobre la que va a recaer la medida cautelar [143].

Las medidas cautelares reales presentan dos notas peculiares, al decir de PEDRAZ PENALVA [144], la tutela cumulativa o eficacia expansiva, por un lado, y la disponibilidad de la acción civil y la no disponibilidad de la tutela cautelar, por otro.

**1.** La *tutela cumulativa* significa que no es preciso que las partes soliciten expresamente el aseguramiento de todas las responsabilidades pecuniarias, pues corresponde al órgano público interesarse y fijar la cuantía de la medida en atención a todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias. Con ello se busca: **(1)** Impedir que la posición de algunos titulares de intereses pecuniarios, constituidos en parte civil, prime frente a los que no lo hagan; y **(2)** Evitar que un tardío ejercicio de la pretensión civil resulte ineficaz frente a una rápida ocultación de bienes por el responsable civil. Lo expuesto fluye, en nuestro derecho, del art. 92º del Código Penal y de la obligación que pesa sobre el Fiscal de perseguir las responsabilidades penales y pecuniarias (arts. 11º y 95º.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), lo que revela la concurrencia del interés público en la tutela de los derechos privados y fundamenta la eficacia expansiva de la tutela cautelar, al punto que el pago por las responsabilidades pecuniarias se efectúa con independencia de si el perjudicado solicitó o no el aseguramiento e incluso el resarcimiento.

**2.** La *no disponibilidad de la tutela cautelar* significa que si bien se permite al perjudicado disponer de la acción civil –puede renunciar a ella o reservar su ejercicio para la vía civil–, en cambio ejercitada ésta, puede no disponer correlativamente de la iniciativa cautelar. En el Códi-

---

[143] ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., pp. 26–28.

[144] PEDRAZ PENALVA: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», cit., pp. 115–128.

go de 1940, respecto al embargo, consagra la iniciativa judicial y del Fiscal para trabarlo, imponiendo su obligatoriedad cuando se dicta detención (el Código de 1991 sólo consagra la iniciativa del Fiscal y del actor civil, art. 174º). Como apunta AMODIO, la contradicción existente entre disposición de la acción civil y no disposición parcial de la iniciativa cautelar, se explica en base al juego de dos principios antinómicos: **1.** Consideración del resarcimiento del daño como función pública, lo que hace irrelevante la acción del perjudicado ante la protección de sus intereses por el Ministerio Público; y **2.** Atribución de un carácter privado a la pretensión de resarcimiento del perjudicado, pero sólo claramente en cuanto a su disposición y no tanto respecto a los límites.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 reconoce dos medidas cautelares reales: embargo (art. 94º) e incautación (arts. 59º y 171º). Posteriormente, los Decretos Legislativos Nº 312, de 12 de noviembre de 1984, y Nº 653, de 30 de julio de 1991, instituyeron la denominada "Ministración provisional de posesión". El Código Penal, en su Libro II, menciona cuatro medidas cautelares vinculadas a los delitos contra los derechos de autor, de corrupción de funcionarios, contra los bienes culturales y contra el medio ambiente (arts. 221º, 231º, 314º, 401º–A y 401º–B). Finalmente, el Código Procesal Penal de 1991 reconoce el decomiso y el secuestro en sus arts. 156º, 161º *ab initio* y 172º.

## III. EL EMBARGO

### 1. CONCEPTO

El embargo, siguiendo la antigua definición de ESCRICHE, citado por JIMÉNEZ ASENJO, es la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandamiento de juez competente por razón de deuda o delito. Es, en suma, una garantía patrimonial que nos asegura *in genere* la satisfacción de unas responsabilidades que pretendemos exigir. Se diferencia de la incautación, anota CASTÁN TOBEÑAS, en que ésta recae sobre cosas litigiosas [145].

[145] CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: «Embargo», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, T. VIII, pp. 237–238.

El embargo está destinado a asegurar cautelarmente la reparación civil, en puridad, la responsabilidad civil emergente del delito (art. 94º del Código de 1940 y 172º del Código de 1991). La indagación de los bienes de quienes resultan responsables civiles del delito corresponde al titular de la persecución pública, sin que a ello obste la intervención del actor civil, lo cual fluye del art. 173º del Código de 1991 e implícitamente del art. 94º del Código de 1940 (si el juez es el director de la investigación y en ella colabora el Ministerio Público, es obvio que integrando el fallo la reparación civil, la investigación debe comprender ese extremo).

2. CARACTERÍSTICAS Y ASPECTOS PROCEDIMENTALES

El régimen jurídico del embargo en nuestro ordenamiento procesal está sometido a las siguientes notas específicas:

*A.* El art. 94º del Código de Procedimientos Penales de 1940 señala **(a)** que la orden de embargo puede dictarse de oficio por el juez o a pedido del fiscal o de la parte civil, **(b)** pero que si existe mandato de detención el juez está obligado a dictar dicha medida. De la relación entre ambos extremos de la norma aparece que el Juez sólo dictará mandato de embargo si existen suficientes elementos de juicio acerca de la realidad del delito y su atribución al imputado. La obligatoriedad de la orden de embargo cuando se dicta mandato de detención, se explica en que dicha medida requiere para su emisión un nivel consolidado de probabilidad delictiva, lo que por cierto cumple sobradamente las exigencias de razonable atribución penal propias del embargo.

El cumplimiento de los presupuestos materiales comunes a toda medida cautelar, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, fundamentan la exigencia del principio de prueba del hecho punible y de la autoría o participación del imputado y el consustancial peligro de infructuosidad para dictar un embargo. Esta interpretación resulta coherente en la medida en que en nuestro sistema procesal penal, para que se abra instrucción –procesamiento formal a una persona–, no requiere prueba razonable de la seriedad de la imputación, sólo exige que los hechos que integran la *notitia criminis* puedan ser subsumidos en un tipo penal. Por consiguiente, no se puede dar por sentada la presencia de indicios de criminalidad con la apertura de instrucción judicial, salvo que se haya dictado mandato de detención.

**B.** La institución del embargo en el Código de 1940 está integrada por dos resoluciones: una primera, que se limita a disponer genéricamente la medida y señalar el monto de la responsabilidad civil expresada en dinero; y, una segunda, que identifica el bien y dispone se trabe o ejecute en él la medida. El embargo se dicta contra "... los bienes que sean bastantes para cubrir la reparación civil", luego de lo cual se requiere al imputado que señale bienes de su propiedad para que se ejecute la medida. Señalados éstos, o indefectiblemente si no lo hace, la medida se trabará o ejecutará en los bienes que se sepa son de su propiedad (art. 95º). La omisión de este trámite origina la nulidad de la segunda resolución, tal como lo ha declarado la Corte Suprema en la Ejecutoria de 18 de febrero de 1980 [146].

Este procedimiento cautelar ha sido modificado por el Código de 1991, pues corresponde al Fiscal indagar sobre los posibles bienes embargables y sólo cuando identifique un bien embargable solicitará al juez dicte el auto de embargo respectivo, cuya ejecución le corresponde. Superando el molde antiguo del Código de 1940, no requiere, previa a la ejecución, que el imputado señale bienes libres, de suerte que se tiende a evitar, a partir del factor sorpresa, la posible comisión de conductas fraudulentas o irregulares destinadas a producir la insolvencia patrimonial del imputado. No existe, pues, dos resoluciones progresivas, sino una sola que identifica el bien y señala el monto de la responsabilidad civil expresado en dinero.

*C.* El embargo, según el art. 96º del Código de 1940, puede ser sustituido por una caución –consignación en el Banco de la Nación del monto del embargo dispuesto en el auto respectivo– o por una garantía real, que –a juicio del Ministerio Público– sea suficiente para cubrir la responsabilidad civil del imputado. El baremo de la responsabilidad civil es la fijada en el auto de embargo. Ahora bien, como el Fiscal es parte en el proceso cautelar, sus requerimientos –en principio– no pueden ser vinculatorios, tanto más si una de las notas del embargo es la jurisdiccionalidad; consecuentemente, debe interpretarse ese extremo de la citada norma en el sentido de que el juez no puede imponer una cantidad inferior a la señalada por el Fiscal, pero en lo demás tiene la

[146] *El Peruano*, Lima, 15 de abril de 1980.

autonomía suficiente para adecuar el monto a lo que corresponda, ello en resguardo a la tutela jurisdiccional que corresponde a la víctima.

El Código de 1991 también permite la sustitución del embargo, pero sólo a través de la caución. No contempla el caso de la garantía real. No obstante ello, es de considerar que la caución sería factible, en tanto no afecte el aseguramiento cautelar de la responsabilidad civil, es decir, si el bien objeto de sustitución tiene un valor que cubra el monto indicado en el auto de embargo y sea realizable en las mismas condiciones que el bien al que se pretende sustituir.

Otra forma de relativizar la retención del bien, que importa el embargo, es la posibilidad que contempla el art. 179º del Código de 1991 de vender el bien embargado, previa autorización judicial y en subasta pública, a efectos de que parte del precio quede para asegurar la indemnización y la diferencia se entregue al procesado o a quien él indique. Norma semejante no existe en el Código de 1940, aunque no la consideramos inviable, en la medida en que con ello no se afecte la indemnización que pudiera corresponder a la víctima.

***D.*** El embargo da lugar a un cuaderno o incidente, distinto del expediente que contiene el proceso principal. Allí se tramita todo lo relativo a las peticiones de mejora, reducción o sustitución de la medida (arts. 177º del Código de 1991 y 94º, tercer párrafo, del Código de 1940).

***E.*** El mandato de embargo puede ser impugnado –recurso de apelación– una vez que se haya ejecutado sobre el bien respectivo. Toda articulación que tienda a impedir o dilatar la concreción de la medida se castiga con la sanción de inadmisibilidad (arts. 94º *in fine* del Código de 1940 y 175º y 176º del Código de 1991). Es de destacar que en el Código de 1940 la orden de embargo es conocida por el sujeto pasivo de la medida, quien debe señalar bienes libres, mientras que en el Código de 1991 el auto de embargo se concreta en un bien determinado y no se notifica. Por ello es que en el Código moderno la notificación se lleva a cabo una vez que el embargo ha sido trabado, luego de lo cual las partes pueden impugnar la medida, mientras que en el Código antiguo se señala que ejecutada la medida, cuyo antecedente es el auto genérico de embargo, recién es posible tramitar el recurso de apelación.

***F.*** El embargo, en cuanto a las forma que puede adoptar, está sujeto a las disposiciones del Código Procesal Civil, desde que se trata de la exigencia de responsabilidades civiles. El Código de 1940 precisa,

enunciativamente, las formas de depósito, intervención o retención, según los casos. El Código de 1991 no dice nada al respecto, lo cual no es significativo. En todo este tema, y en lo no contradictorio con la naturaleza de la cautela real penal, rige la ley procesal civil.

*G.* La significación civil de la responsabilidad que se exige en el proceso penal tiene una manifestación expresa: las tercerías excluyentes de dominio y preferentes de pago, se interponen ante el Juez Civil y se sustancian en la forma prescrita por la ley procesal civil (arts. 99º del Código de 1940 y 181º del Código de 1991). El Código viejo contiene una prescripción interesante: en la tercería se citará al imputado, a la parte civil y, en caso de que ésta no se hubiese apersonado, al Ministerio Público.

*H.* El embargo, al ser instrumental, cesa con la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento y, en su caso, se convierte en una medida ejecutiva con la sentencia definitiva (de embargo provisional se convierte, en palabras del Código viejo, en definitivo). Así lo disponen los arts. 102º del Código de 1940 y 259º y 392º del Código de 1991. Las medidas ejecutivas se realizan por el Juez Penal (arts. 337º del Código de 1940 y 395º del Código de 1991).

*I.* La variación de la medida de embargo debe formularse ante el juez que conoce de la causa, conforme lo dispone el art. 94º del Código de 1940, pues de ampararse tal pedido dicha judicatura es la encargada de materializarlo, por lo que si la solicitud se formula ante el Tribunal Superior debe remitirse el cuaderno de embargo al Juez Penal para su pronunciamiento [147].

### 3. SUJETOS PASIVOS DE LA MEDIDA

El primer responsable civil es el autor o partícipe en la comisión de un hecho punible. La sentencia condenatoria debe señalar al responsable civil y fijar la reparación civil (arts. 285º del Código de 1940 y 304º del Código de 1991). Siendo así, a nivel cautelar el sujeto pasivo del embargo será el imputado, siempre que contra él existan indicios racionales de criminalidad. La expresión "indicios racionales de criminali-

[147] Ejecutoria suprema de 17 de octubre de 1994, Exp. Nº 1562–94–B, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 334–335).

dad", conforme señala ARANGÜENA FANEGO, quiere decir los datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a las reglas de la recta razón, permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria, pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada –juicio de probabilidad delictiva–, la responsabilidad criminal del imputado [148].

El embargo, en consecuencia, procederá contra el imputado cuando existan indicios racionales de criminalidad. Los resultados de la investigación que se ha llevado a cabo justifican el juicio del juez para dictarlo. Por tanto, bastará **(a)** la imputación y **(b)**, de no haberse dictado mandato de detención, apreciar en menor grado las bases racionales de la imputación delictiva.

La responsabilidad civil –solamente la resarcitoria– que encuentra su fuente en el acto ilícito, que el Código Penal califica de delito, no acaba con el autor o partícipe en el mismo. También es posible exigirla a terceras personas. El Código Civil hace mención a la responsabilidad vicaria, en tanto exista una relación jurídica determinada con el autor del daño: responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando*. Estas personas, que pueden ser físicas o jurídicas, sólo responden por los efectos patrimoniales del delito del autor o partícipe, por los daños que produzcan. Adicionalmente, las compañías de seguros pueden ser responsables civiles por razón del contrato y en la medida del mismo.

A nivel procesal se califica al tercero civil de parte acusada –contingente o accesoria: pueden o no estar en el proceso–. El art. 100º *in fine* del Código de 1940 exige que sea citada y declara que tiene derecho para intervenir en todas las diligencias que les afecten, a fin de ejercitar su defensa. Los arts. 88º al 90º del Código de 1991, igualmente prescribe: **(a)** que se le cite obligatoriamente al proceso; **(b)** que sólo se le considerará sujeto procesal luego de haber sido notificada y **(c)** que, en ese caso, queda obligada al pago de la reparación civil.

El art. 100º del Código de 1940 considera que la responsabilidad del tercero civil es subsidiaria, es decir, en palabras de MONTERO AROCA, nace lógicamente de la insolvencia del responsable directo (del autor o partícipe en el delito) y alcanza siempre a persona que no es el acusado en el

[148] ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., p. 159.

proceso penal [149]. Ello significa que para trabar embargo se requiere, previamente, haber descartado que el imputado pueda responder directamente con su patrimonio a la responsabilidad civil resarcitoria. La ley procesal de 1940 dice al respecto "... el embargo se trabará en los bienes de éstas [las terceras personas], si el inculpado no los tuviera, ...".

La responsabilidad resarcitoria del tercero civil que asume el Código de 1991, en concordancia con el Código Civil, es la directa y de carácter solidaria, por lo que para trabar embargo no hace falta descartar que el imputado tenga bienes. Basta que haya sido considerado expresamente como tal, con el emplazamiento correspondiente, y –desde luego– que se establezca el vínculo jurídico que lo une al imputado.

## IV. EL SECUESTRO O INCAUTACIÓN DE BIENES

### 1. Aspectos generales

El secuestro o incautación es una medida cautelar real que asegura la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal de la sentencia que se dicte, en cuanto tengan un contenido patrimonial, es decir, de la multa y del decomiso. Esta medida, sostiene Ortells Ramos, persigue garantizar la disponibilidad de cualquiera bienes para que, con lo que se obtenga de su realización forzada, pueda satisfacerse el deber jurídico–público a cuyo incumplimiento condena la sentencia [150].

El art. 156º del Código de 1991 reconoce el secuestro o exhibición forzosa de una cosa relacionada con la investigación. Esta norma, en puridad, regula de modo general una medida de aseguramiento y conservación de cosas, de carácter coercitiva. La función que cumplen, acota Cortés Domínguez, es la de conservar las cosas en su estado inicial para que puedan ser apreciadas en su justa medida por el órgano judicial competente. Su adopción comporta restricciones en lo que se refiere a la posesión y al poder de disposición de las mismas [151].

---

[149] Montero Aroca, Juan: «Entre la transgresión criminal y la responsabilidad por el resarcimiento», en su: *Ensayos de derecho procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 642.

[150] En: Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, pp. 571–572.

[151] En: Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 388.

El secuestro o exhibición forzosa, según el caso, opera respecto de cosas que de alguna manera guardan relación con el delito. Desde esta perspectiva es del caso distinguir entre instrumentos del delito, efectos del delito y piezas de convicción, todo lo cual integra la noción amplia de *cuerpo material del delito*, o sea el "conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otra cosa que sea efecto inmediato del mismo o que se refiera a él de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba" [152].

TOMÉ PAULE [153] precisa las diferencias entre dichos conceptos. Así tenemos:

**1.** *Instrumentos del delito.* Son las armas o cualquier otro objeto de los que hace uso el delincuente para la comisión del delito.

**2.** *Piezas de convicción.* Son los objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios que puedan servir de prueba de la realización del delito.

**3.** *Efectos del delito.* Son las cosas sobre las que recayó directamente el delito.

Nosotros consideramos, sin embargo, que son piezas de convicción o *corpus criminis* tanto los objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios, cuanto las cosas sobre las que recayó directamente el delito, es decir, todo objeto que puede servir para atestiguar la realidad de un hecho; en cambio, a tenor de lo ya expuesto respecto del decomiso, y siguiendo a GRACIA MARTÍN, estimamos que son efectos del delito o *producta scaeleris* los objetos que han sido producidos mediante la acción delictiva, siendo ajeno a este concepto las cosas materiales que constituyen el objeto del delito [154]. La precisión es de suyo importante, por cuanto de ella depende si a continuación –al expedirse sentencia condenatoria– corresponderá dictar la medida accesoria de decomiso.

---

[152] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 332.

[153] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 279.

[154] GRACIA MARTÍN / MAGUELONE ZODER: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, cit., p. 450.

Las medidas de aseguramiento, según Carlos RODRÍGUEZ DEVESA y Germán MARTÍNEZ AZNAR, tienen un carácter instrumental, esto es, de subordinación respecto de la definitiva resolución sobre el fondo y, son esencialmente temporales, guardando relación con la pendencia del proceso al que se conectan [155]. En consecuencia, su imposición dependerá de las circunstancias y necesidades del proceso.

La finalidad cautelar de dichas medidas aparecerá ulteriormente y estará en función a la consecuencia accesoria de decomiso, al que de una u otra forma están vinculados, de modo general, los siguientes artículos del Código Penal: **a)** 102º–104º –instrumento o efecto del delito–, **b)** 93º.1 –acción de restitución–, y **c)** 44º –pago de la multa–; y, específicamente, los arts. 221º, 231º y 401º–402º del citado Código.

## 2. EL SECUESTRO EN EL CÓDIGO DE 1991

Como las medidas asegurativas están consideradas en la doctrina como un puro acto de coerción directa, inicialmente no se necesita una resolución judicial expresa para acordarlas inicialmente, siendo paradigmático a este efecto el caso de las medidas dispuestas en sede preliminar. La incautación puede dictarse tanto por la policía (art. 106º, incs. 4, 9 y 11 del Código de 1991), cuanto por el Fiscal en los casos de peligro por la demora (art. 160º), así como regularmente por el Juez, antes o después de iniciada la instrucción formal (arts. 157º y 107º, tercer párrafo).

Las medidas adoptadas al inicio de las investigaciones están caracterizadas por la noción de extrema urgencia, por lo que el nivel de imputación que requieren es mínimo, bastando una relación más o menos cierta con el suceso típico objeto de investigación. En todo caso, corresponde al Juez –en su oportunidad– pronunciarse, en orden a su revocación y mantenimiento, mediante resolución fundada, toda vez que se está restringiendo un derecho fundamental. La motivación de la resolución, acota ARANGÜENA FANEGO, permitirá **(a)** que se cumpla el fin esencial de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se limita su derecho y **(b)** la posterior fiscalización de la legitimidad del acto mismo por los Tribunales de Justicia [156].

---

[155] RODRÍGUEZ-DEVESA, Carlos y MARTÍNEZ AZNAR, Germán: *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su jurisprudencia y doctrina de la Fiscalía*, Colex, Madrid, 1990, p. 199.

[156] ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., pp. 272–273.

El art. 161º del Código de 1991 ratifica que la medida, en lo esencial, tiene una finalidad probatoria. El secuestro o incautación y la exhibición forzosa –cuya exacta medida será determinada por el juez de la causa en atención al principio de proporcionalidad– se ejecuta en cosas u objetos de poder de quien se encuentren, sea el propietario, poseedor, administrador, tenedor o un tercero cualquiera. Obviamente, su imposición está condicionada a que se trate de una cosa u objeto relacionado con el delito, esto es, que pueda ser considerada una pieza de convicción, instrumento o efecto del delito.

Constituida la policía al lugar de comisión del delito, la ley la autoriza a "recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito". En caso de delito flagrante o de inminente peligro de su perpetración, puede "efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarias ...". En la investigación preliminar, si se trata de documentos, libros contables, fotografías y todo elemento material que pueda servir a la investigación, está facultada a inmovilizarlos, en aras de lograr el secuestro judicial a petición del Fiscal (art. 106º). La inmovilización en este último caso no es una medida coercitiva autónoma, sino un simple acto aseguratorio previo a la incautación por orden judicial.

El Fiscal es el sujeto procesal legitimado para pedir el secuestro o incautación y la exhibición forzosa de las cosas u objetos relacionados con el delito. Su solicitud debe ser detallada y fundamentada. Debe precisar el bien que desea se exhiba o secuestre y, en su caso, para filmar, grabar o fotografiar la diligencia, así como precisar el apercibimiento en caso de desobediencia al mandato. Obviamente, la desobediencia traerá consigo la comisión de un delito de resistencia, desobediencia o violencia a la autoridad, que puede concurrir con el desacato o lesiones, según el caso.

Obtenida la resolución autoritativa, compete al Fiscal llevar a cabo la incautación, disponiendo de ser el caso el auxilio policial. La diligencia, que se documentará en un acta, requiere la previa citación de los sujetos procesales y un señalamiento de fecha determinada. En caso de exhibición de cosas, el acta que se levante deberá describirla, sin perjuicio de reproducirla, empleando el medio técnico disponible.

La exigencia de una resolución judicial autoritativa se excepciona en dos supuestos: **a)** delito flagrante; y, **b)** peligro por la demora, en cuyo caso el Fiscal realizará directamente la diligencia, con auxilio policial si es necesario. Ejecutada la diligencia, el Fiscal debe solicitar al juez una resolución confirmatoria de la diligencia realizada. El Juez aprecia-

rá, para aprobar la diligencia, si concurrieron los supuestos de flagrancia o de peligro por la demora y, en todo caso, si correspondía la medida, es decir, si se trataba de cosas u objetos relacionados con el delito. El peligro por la demora constituye un juicio estimativo, realizado en primer lugar por el Fiscal y en segundo lugar por el Juez, en virtud del cual –y a efectos probatorios y/o cautelares– resulta impostergable disponer la inmediata aprehensión de una cosa u objeto relacionado con el delito, pues de lo contrario, muy probablemente, puede desaparecer o perjudicarse. La resolución confirmatoria está condicionada a esos dos extremos fundamentales (flagrancia o peligro e instrumentos del delito, efectos del mismo o piezas de convicción en general), caso contrario el juez debe dictar una resolución desestimatoria, quedando sin virtualidad probatoria –por ilegal– la incautación o exhibición llevada a cabo por el fiscal.

El art. 159º reconoce el secuestro conservativo. Su finalidad es exclusivamente probatoria. Recae en las piezas de convicción y en los bienes calificados de objetos del delito. En cambio, el secuestro cautelar, con fines de decomiso, recae sobre los efectos e instrumentos del delito, cuya finalidad probatoria tampoco puede descartarse. En ambos casos, el juez debe adoptar las medidas necesarias para la debida conservación y/o custodia de los bienes incautados.

Si los bienes secuestrados no fueran útiles a la investigación o su adquisición ha sido debidamente documentada, en tanto no se encuentran dentro de los supuestos de secuestro con fines cautelares, sobre los que va recaer la medida accesoria de decomiso, el art. 161º autoriza a devolverlos o entregarlos a su propietario o, en todo caso, permite su entrega provisional en calidad de depósito, bajo cargo de exhibirse cuando fuera necesario. El párrafo final del citado art. 161º contiene una regla específica: prescribe que los bienes sustraídos serán entregados indefectiblemente al agraviado. En cambio, si el bien no tiene dueño conocido o no se ha podido identificar al autor del delito, transcurridos seis meses, independientemente a su consideración de instrumento, efecto o pieza de convicción puede ser rematado y el valor obtenido destinado al Tesoro Público (art. 162º).

### 3. El secuestro en el Código de 1940

El Código de Procedimientos Penales de 1940, en materia de secuestro o incautación como en muchas otras, es muy parco. El art. 59º –dedicado a la Policía Judicial– prescribe que ella en su función de auxiliar de la

administración de justicia investigará los delitos y faltas ... y pondrá a disposición judicial "los elementos de prueba y efectos de que se hubiese incautado". A su vez, los arts. 170º y 171º estatuyen lo siguiente:

**1.** Si el delito ha dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez o el que haga sus veces (obviamente, el Código se refiere a la Policía o al Juez de Paz cuando actúa en vía de comisión rogatoria) los recogerá y conservará para el juicio oral. El acta que se levante al efecto describirá el lugar del delito y el sitio y estado en que se hallen los objetos, pudiéndose levantar un plano o la copia o diseño de los efectos o instrumentos del mismo.

**2.** Los instrumentos, armas (que pueden ser instrumento, objeto o efecto del delito, según el caso) se sellarán, si fuere posible, acordando su retención y conservación. Si los objetos no se pudieren conservar en su forma primitiva, el juez resolverá lo más conveniente para su conservación.

No existe en la ley vigente una clara diferenciación de secuestro conservativo y secuestro cautelar, ni define la función del juez respecto de las medidas adoptadas por la Policía. El art. 188º se limita a señalar que los objetos materia del delito podrán ser devueltos a su dueño, dejándose constancia en autos.

Es de entender, por tanto, que el secuestro cautelar se impondrá en los supuestos de *instrumenta* y *producta scaeleris*, mientras que el secuestro conservativo, con fines exclusivamente probatorios, se impondrá en los demás casos. En el último supuesto, de tratarse de objetos del delito –noción que, como sabemos, es diferente de "piezas de convicción"– procederá la devolución a su propietario, siempre que las necesidades de la investigación y la prudencia del juez no aconsejen su retención para ser exhibidos en el juicio oral (arts. 233º y 240º).

La regla general, respecto de los bienes secuestrados o incautados, salvo lo dispuesto en la legislación especial, es que su custodia corresponde a la autoridad judicial. Al respecto, según lo tiene decidido la Corte Suprema, al máximo órgano de gobierno del Poder Judicial, de conformidad con el art. 82º.19 del Texto Unico Ordenado de la LOPJ, le corresponde garantizar la conservación y buen recaudo de los bienes incautados "cuya libre disposición está supeditada a la resolución de los jueces penales" [157].

[157] Ejecutoria suprema de 22 de octubre de 1996, Exp. Nº 3974–94, Lima (*Normas Legales*, T. 248, enero, 1997, pp. A36–A37).

## 4. EL SECUESTRO EN EL CÓDIGO PENAL

El Código Penal vigente contiene tres normas específicas en materia de secuestro de bienes y ulterior decomiso. Así tenemos:

**1.** El art. 221º, modificado por el Decreto Legislativo Nº 822, de 23 de abril de 1996, relativa a los delitos contra los derechos de autor, dispone que se incautará los ejemplares ilícitos y los aparatos o medios utilizados para la comisión del delito (*producta scaeleris* e *instrumenta scaeleris*). Hasta aquí no existe mayor novedad. Lo relevante se encuentra en el decomiso como consecuencia accesoria.

En efecto, **(a)** el objetivo del decomiso es la entrega de los ejemplares ilícitos tanto al titular del derecho vulnerado cuanto a una institución adecuada y, si no correspondiera hacerlo, serán destruidos; **(b)** la entrega de los ejemplares ilícitos al agraviado no importa la satisfacción de la responsabilidad civil por el sujeto activo del delito –que es la regla en materia de decomiso–, lo que se ratifica en la norma al sancionarse que "la entrega [de los ejemplares ilícitos] no tendrá carácter indemnizatorio.

**2.** El art. 231º obliga al juez a imponer como consecuencia accesoria en los delitos contra los bienes culturales el decomiso en favor del Estado –considerado sujeto pasivo de dichos delitos– de los materiales, equipos y vehículos empleados en la comisión delictiva, así como de los bienes culturales obtenidos indebidamente. Lo interesante de esta norma estriba en que se hace referencia al objeto del delito "bienes culturales obtenidos indebidamente", que –como sabemos– es una noción ajena a la institución del decomiso, pero que por expresa disposición legal pasa a formar parte del mismo, disponiéndose su entrega al Estado con fines de restitución de nuestro patrimonio cultural. Como es obvio, es absolutamente posible disponer, como medida cautelar, homogénea al decomiso, el secuestro de dichos bienes.

**3.** Los arts. 401º–A y 401º–B, introducidos por el Decreto Ley Nº 25489, de 10 de mayo de 1992, establecen que los donativos y dádivas o presentes, vinculados al delito de corrupción de funcionarios, serán decomisados. Los que se incauten durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia, el que los asignará para su uso en servicio oficial o del Poder Judicial y el Ministerio Público. Los bienes decomisados serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos; si no sirvieran a

esa finalidad, serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingresos del Tesoro Público.

Lo interesante de dichos dispositivos es que prevé la imposición obligatoria del secuestro, aunque se le ha denominado erróneamente "incautación definitiva", desde que toda incautación siempre es provisional y no puede confundirse ésta con el decomiso, que es una consecuencia accesoria del delito. La aludida medida cautelar se entiende con los donativos, dádivas o presentes, es decir, con los *instrumenta scaeleris*. Además, dichos bienes no caen en depósito bajo control inmediato de la jurisdicción sino que el Ministerio de Justicia los asigna en uso para el servicio oficial de dicho Ministerio, del Poder Judicial y del Ministerio Público, lo que no obsta por cierto el control de razonabilidad por el juez de la causa, desde que si toda medida cautelar persigue garantizar la efectividad de los fallos, la ejecución de lo juzgado es una nota intrínseca de las facultades constitucionales de la potestad jurisdiccional.

### 5. El secuestro en la legislación penal especial

La Policía, según se ha detallado, sólo está facultada a realizar actos de coerción directa o actos aseguratorios previos en aras de la respectiva decisión judicial. Sin embargo, la aprehensión de las cosas relacionadas con el delito tiene especiales referencias en los delitos de tráfico ilícito de drogas y aduaneros.

En los delitos de tráfico ilícito de drogas, los Decretos Leyes 22095 y 22926 autorizan la inmediata incautación de las drogas, insumos, fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres; de los equipos de trabajo y otros bienes de uso directo utilizados para el cultivo y explotación ilícita de la droga; de los terrenos de cultivo y vehículos de distribución o transporte de la droga; y, del dinero empleado u obtenido en la comisión del delito. El dinero es depositado en el Banco de la Nación y las drogas en un local especial a cargo del Ministerio del Interior –si no son comercializables se destruirán públicamente–. Los demás bienes se ponen a disposición de la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas y asignados en uso en el servicio oficial.

La medida en referencia, a instancia de la policía, puede ser acordada por el juez, aun antes de dictar el auto de apertura de instrucción (art. 73º), en cuyo caso cursará los partes respectivos para su inscripción preventiva en el Registro correspondiente (Decreto Supremo Nº 43–94–JUS). Ello signi-

fica que estas normas especiales tienden a configurar, desde el primer momento, una medida de coerción, sea conservativa o cautelar acompañada –para mayor garantía– de la inscripción registral respectiva, para lo cual corresponderá al Juez evaluar si jurídicamente corresponde la incautación, bajo los parámetros arriba enunciados.

Por otro lado, el art. 12º de la Ley de Delitos Aduaneros Nº 26461 dispone que el Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, los que serán custodiados por Aduanas. La intervención judicial, según dicha ley, está reservada a la imposición de la medida accesoria de decomiso (art. 14º).

Esta norma, más allá de los defectos técnicos que contiene –al confundir objeto del delito con instrumentos del mismo y desconocer lo relacionado al *producta scaeleris*, lo que obligará a acudir a las normas generales– atribuye al Ministerio Público la posibilidad de dictar medidas coercitivas e inclusive cautelares. A nuestro juicio esta disposición legal constituye un grueso error y una ostensible tergiversación de sus funciones constitucionales. Conforme se ha puntualizado, por imperio del principio de proporcionalidad toda lesión o intervención en materia de derechos fundamentales: el derecho de propiedad en el caso concreto, requiere de la intervención judicial y de la emisión de una resolución debidamente motivada; además, el Fiscal no tiene atribuidas facultades coercitivas y, menos, cautelares, salvo aquellas derivadas de la citación cautelar y del denominado "mandato de acompañamiento" o citación compulsiva; el art. 250º de la Constitución no le reconoce tales facultades, que además perjudicaría el principio de la igualdad de armas, base del sistema acusatorio y garantía de un juicio justo y equitativo.

Lo expuesto significa que no es posible apartar a la jurisdicción de la emisión de medidas de aseguramiento y cautelares, pues es parte intrínseca de ella no sólo dictarlas sino controlar su ejecución. Por consiguiente, si se quiere conceder cobertura constitucional a la norma en comentario, debe interpretarse reduciendo sensiblemente su esfera de acción y entenderla como una simple autorización al Fiscal para dictar medidas urgentes, con cargo a una inmediata decisión ratificatoria o rectificatoria de la autoridad judicial, encargada al fin y al cabo de garantizar el derecho a la tutela judicial a los ciudadanos. Siendo así, corresponde al Fiscal ordenarlas sólo por razones de flagrancia o peligro por la demora, sin perjuicio de que la Policía disponga la aprehensión

en los términos fijados por el art. 59º del Código de 1940; y, en ambos casos, el Juez deberá dictar inmediatamente las resoluciones motivadas que correspondan, ratificando o levantando las aprehensiones de cosas u objetos dispuestas por la Fiscalía o la Policía.

### 6. EL SECUESTRO, LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN Y LA PENA DE MULTA

El art. 93º del Código Penal considera, aunque erróneamente, que un extremo de la responsabilidad civil es la acción de restitución; y, como quiera que el bien objeto de restitución puede ser un instrumento del delito o un objeto del mismo, al no tratarse de un bien libre no es posible trabar un embargo sobre él (art. 95º del Código de Procedimientos Penales de 1940).

Las disposiciones anteriormente citadas de ambos Códigos procesales, dan cuenta que sobre bienes relacionados con el delito cabe su aprehensión y su ulterior secuestro o incautación, sin perjuicio de que la autoridad judicial decida su decomiso, su entrega a quien corresponda o su retención –con fines probatorios– hasta el final del proceso. Consecuentemente, si la acción de restitución importa la devolución de un bien, que fue objeto de la acción típica –objeto del proceso penal–, lo que corresponde con fines de aseguramiento es el secuestro o incautación.

Es de advertir que si el bien no tiene mayor importancia probatoria o si el acta de incautación y las demás pruebas pre–constituidas son suficientes para acreditar el extremo material del ilícito, el juez devolverá dicho bien al agraviado, sin esperar la emisión de la sentencia que ponga fin al proceso (art. 188º del Código de Procedimientos Penales de 1940 y art. 161º del Código Procesal Penal de 1991).

La multa no integra la responsabilidad civil exigible al imputado. Se trata de una pena pública de carácter pecuniaria. Como tal, al no estar dirigida a garantizar la reparación civil, no puede ser asegurada cautelarmente por el embargo. Siendo así, no cabe otra opción que entender que su aseguramiento cautelar sólo puede efectivizarse mediante el secuestro o incautación. Los bienes intervenidos estarán destinados a responder por el pago de la multa; están relacionados con una consecuencia jurídico–penal, de carácter patrimonial, derivada de la comisión de un delito.

## V. LA INMOVILIZACIÓN, LA MINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LA POSESIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTAMINANTE

### 1. La inmovilización de bienes muebles

El Capítulo IX del Título III "De las Medidas Coercitivas" del Libro I del Código Procesal Penal de 1991, regula expresamente tres medidas instructoras coercitivas: la clausura de locales, la vigilancia de locales y la inmovilización de cosas muebles. Las tres medidas tienen de común que se trata de actos aseguratorios previos al secuestro de bienes con fines conservativos o cautelares. La inmovilización de cosas muebles puede tener finalidades conservativas o cautelares, pero la vigilancia y la clausura de locales sólo tienen finalidad conservativa, exclusivamente probatoria.

La vigilancia y la clausura de un local, según el caso, son medidas temporales destinadas a garantizar la debida adquisición de fuentes de prueba para evitar su contaminación, mientras se realizan las diligencias de inspección, constatación y periciales necesarias para la investigación. La opción por una u otra medida tiene que ver con la magnitud, complejidad y naturaleza de los actos de investigación que deban realizarse. Llevada a cabo los actos de investigación subsecuentes, la vigilancia y la clausura deben levantarse.

Es posible preguntarse si existiendo la clausura de locales o establecimientos como medida accesoria contra las personas jurídicas (art. 105º.1 del Código Penal), podría considerarse la clausura del local, a que hace referencia el art. 167º del Código Procesal Penal de 1991, como una medida cautelar (principio de homogeneidad). Nos inclinamos por una respuesta negativa, toda vez que la *ratio* de dicha norma está centrada, como su texto lo señala, en la investigación de un delito grave y no en el aseguramiento cautelar de la efectividad de una sentencia condenatoria y, fundamentalmente, porque dicha medida no aseguraría nada que la ejecución de la sentencia no podría implementar. La clausura de un local es una medida ejecutiva que se realiza inmediatamente, sin posibilidad de evasión por el reo.

La inmovilización procede contra cosas muebles que por su naturaleza o dimensión no puedan ser puestas y mantenidas en depósito, es decir, que no puedan ser trasladadas a un lugar determinado con fines de depósito. El depósito es el acto que permite hacer efectivo el secues-

tro y el asegurar el bien en cuestión; la aprehensión de cosas y bienes está orientada al depósito, con el que se concreta el secuestro; luego, si no se puede llevar a cabo el depósito, por la naturaleza o la dimensión del bien mueble, es del caso dictar la inmovilización.

Las cosas inmovilizadas pueden tener influencia en la fase probatoria, en cuyo mérito la inmovilización tendrá fines conservativos, pero también pueden estar orientadas al decomiso si se trata de un efecto o instrumento del delito. Es el caso, por ejemplo, de un trailer malogrado donde se ocultó insumos para la producción de drogas o de un quiosco en un mercado de fin de semana donde se depositó armas de procedencia delictiva. En ambos supuestos fácticos las dimensiones del bien impiden su aprehensión e inmediata puesta en depósito.

## 2. LA RECUPERACIÓN CAUTELAR DEL BIEN USURPADO O MINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LA POSESIÓN

En principio, es de tener presente que el art. 161º *ab initio* del Código Procesal Penal de 1991, inserto en el ámbito del secuestro, regula una medida innovativa vinculada a los delitos permanentes o de estado: Dice la norma: *"El Juez, si no se causa perjuicio irreparable y las circunstancias del caso lo permiten, podrá disponer provisionalmente las medidas del caso para que cese el estado antijurídico producido por el hecho punible en las cosas o efectos".*

Se trata, según se infiere de su texto, de una medida dirigida al cese de la actividad ilícita, que, en buena cuenta, anticipa provisionalmente uno de los efectos de la sentencia: la devolución del bien usurpado al agraviado, la suspensión de la actividad contaminante, etc. Esta medida, en puridad de verdad, constituye una respuesta específica al problema común de los riesgos de la demora por la necesidad del desarrollo previo del proceso de declaración de responsabilidad penal de una persona y consecuente imposición de una pena y fijación de las responsabilidades pecuniarias pertinentes. Como tal, siguiendo a Jorge Walter PEYRANO, tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existentes antes de la petición de su dictado, ordenándose –sin que medie sentencia firme– que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente [158].

[158] PEYRANO, Jorge Walter: *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981, *passim*.

La cesación provisional del estado antijurídico producido por un delito en las cosas o efectos, es una medida que puede dictarla el Juez siempre que no se cause perjuicio irreparable y las circunstancias del caso lo permitan. Como ya se puntualizó, cabe calificarla como una medida innovativa que busca poner término a las consecuencias de un delito de estado o permanente. Los efectos lesivos de la infracción penal se concretan en las cosas o en los efectos, vale decir, en los bienes inanimados. Compete al juez evaluar si corresponde, jurídicamente, dictar una medida como la estudiada, en tanto sea posible evitar la continuación del perjuicio presente en las cosas materiales que constituyen el objeto del delito o en los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva.

El Decreto Legislativo Nº 312, de 12 de noviembre de 1984, tiene asignada una medida cautelar innovativa específica para el delito de usurpación. Si hay motivo fundado para suponer que se ha cometido dicho delito, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado, el juez ordenará la desocupación en el término de 24 horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado. Esta medida pasa por la desposesión del bien por el imputado, que es la única manera de asegurar que el predio estará a disposición del agraviado para el supuesto de una sentencia condenatoria.

La recuperación cautelar del bien usurpado, bajo la denominación de "ministración provisional de la posesión", está sujeto a tres presupuestos materiales. El "*fumus boni iuris*" se concreta en dos niveles: **1.** Necesidad que el delito de usurpación esté acreditado en cuanto objetividad típica, que existan suficientes elementos de convicción acerca de la de vinculación delictiva del imputado y que el ilícito se haya perpetrado dentro del año anterior al auto de apertura de instrucción. **2.** Prueba acabada de que el agraviado es el titular de algún derecho real sobre el inmueble ocupado por el imputado. Es de recordar que la imputación razonable descansa no sólo en la existencia del delito sino también en la atribución del hecho a su autor y que un requisito adicional que impone la ley es que el delito haya sido perpetrado dentro del año anterior al procesamiento penal.

El "*periculum in mora*", como toda medida cautelar real, está centrado en los riesgos que para la efectividad de la sentencia pueda derivarse del tiempo necesario que debe transcurrir hasta su emanación. La de-

mora en la expedición del fallo condenatorio atentaría contra la eficacia del mismo y evitaría que el imputado, quien *prima facie* no tiene derecho a la posesión del inmueble, se haga fuerte en su ilícita posesión y perjudique ostensiblemente al agraviado.

Empero, como apunta PEYRANO, el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, es la denominada "*irreparabilidad del perjuicio*", que consiste en que la situación de hecho que se pretende innovar ocasionaría, de subsistir, un daño irreparable al pretensor [159]; en suma, sería altamente lesivo a la víctima, a quien se le ha privado de la posesión de un predio, esperar el fallo definitivo para recuperar la tenencia del inmueble. Se entiende que ello le ocasionaría daños y perjuicios irreparables o de difícil reparación en sus intereses legítimos, los cuales se encuentran protegidos penalmente por el ordenamiento jurídico.

Las seguridades que exige la ley para estimar acreditado el *fumus boni iuris*, dado que esta medida adelanta acabadamente los efectos del fallo condenatorio, es que el juez debe apreciar los extremos de la imputación previa realización de una diligencia de inspección judicial, en cuyo desarrollo puede actuar las pruebas urgentes que resulten necesarias para determinar la realidad de la comisión delictiva y el derecho o interés jurídico vulnerado a la víctima.

Para el caso de tierras rústicas, el Decreto Legislativo Nº 653, de 30 de julio de 1991, contempla similar medida cautelar innovativa y bajo el mismo procedimiento. Dicha norma destaca: (1) Que la ministración de posesión se mantendrá a las resultas del proceso penal correspondiente –ratificando con ello el sometimiento a la cláusula *rebus sic stantibus*–, lo cual constituye precisamente una nota característica de toda medida cautelar y que, por tanto, el que no haya sido expresamente considerada en el Decreto Legislativo Nº 312, no quiere decir que la ley la configuró como una medida permanente, tanto más si la norma hace mención a la ministración de posesión es provisional; y (2) Que no se admitirá acción alguna que entorpezca la orden de desocupación, al punto que la apelación no interrumpe su ejecución, lo que en buena cuenta destaca el principio de ejecución provisional de la resolución impugnada, aceptado como regla en el art. 336º del Código de 1991. La práctica de los tribunales en

[159] PEYRANO: *Medida cautelar innovativa*, cit., p. 27.

materia de impugnación de estas medidas siempre ha sido acordar efecto suspensivo al recurso de apelación, por lo que mediante esta norma se modifica dicha práctica aunque limitada a los predios rústicos.

### 3. LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTAMINANTE

El art. 314º del Código Penal prevé expresamente otra medida cautelar innovativa: la suspensión de la actividad contaminante, que en buena cuenta consiste en la anticipación de una las consecuencias jurídicas del delito a fijarse en la sentencia. Dicho artículo estatuye lo siguiente: *"El Juez penal ordenará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, de conformidad con el art. 105º, inciso 1, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental"*.

Esta norma, si bien merece una interpretación correctora, tiene indudables efectos preventivos en el control del delito ecológico. Impone al juez penal la aplicación de dos medidas: **1.** Una *cautelar*, que es la de facultar al juez, de cumplirse sus presupuestos, la suspensión inmediata de la actividad contaminante; y, **2.** Otra considerada como una *consecuencia accesoria*, que es la clausura definitiva o temporal del establecimiento contaminador. Sólo la primera medida puede ser aplicada por el Juez Penal en el curso del procedimiento penal, a la que la ley rotula expresamente de "*medida cautelar*". La segunda medida, en cambio, se impondrá, obligatoriamente, al dictarse sentencia condenatoria e irá anexa a la pena y reparación consiguiente. En este último caso la ley presume que la actividad contaminante se da por la ínsita peligrosidad objetiva de la persona jurídica, basada en un defecto de organización que facilita la comisión del delito ecológico.

En tanto medida cautelar, la suspensión de la actividad contaminante, que debe dictarse *ex officio* –la norma se afilia al principio de oficialidad en materia cautelar penal– , está sujeta, como es obvio, al cumplimiento de los dos clásicos presupuestos materiales: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. En cuanto al primer presupuesto, que en rigor es la denominada "*condición de aplicabilidad de la medida*", es de recordar que el procesamiento penal de una persona está condicionado a la emisión de un informe positivo de la autoridad ambiental competente en orden a la violación de la legislación ambiental, consecuentemente, el *fumus boni iuris* exigirá: **a)** prueba del ilícito penal y probabilidad de que dicho delito ha sido cometido por el imputado, en cuya virtud el informe fun-

dado de la administración tendrá especial relevancia; y, **b)** elementos probatorios que revelen el defecto de organización de la persona jurídica, facilitando de este modo la perpetración del delito o permitiendo la utilización de su estructura organizativa para su comisión.

Respecto al segundo presupuesto, de carácter implícito, que en rigor constituye la propia "*exigencia cautelar*", es de destacar la lesividad evidente de la actividad contaminante y, por ende, la necesidad de ponerle término en resguardo de la debida tutela al bien jurídicamente protegido por el tipo penal. En puridad, el juez penal debe advertir la presencia de un riesgo fundado o concreto para el ambiente en la medida en que se continúe con la actividad delictiva o dañosa y, por tanto, que resulta absolutamente imperativo ponerle fin de modo inmediato.

En virtud de lo expuesto, sólo para el caso de imputación por delito ecológico, el juez puede disponer la clausura provisional de locales o establecimientos (art. 105º.1 del Código Penal). Por razones obvias, derivadas de la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, la clausura nunca puede ser definitiva, situación que está reservada a la propia consecuencia accesoria.

# CAPÍTULO XXXIX
# LA EXCARCELACIÓN

SUMARIO: **I.** Introducción: 1. Definición. 2. Notas características. 3. Modalidades de excarcelación. **II.** La libertad provisional: 1. Concepto. 2. Presupuestos. 3. Obligaciones accesorias. 4. Procedimiento. **III.** La libertad vigilada. **IV.** La libertad por exceso del plazo de detención. **V.** La libertad incondicional: 1. Libertad con los informes finales. 2. Libertad incondicional. **VI.** Los delitos inexcarcelables.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. DEFINICIÓN

La institución de la excarcelación está íntimamente relacionada con la actividad cautelar personal que se realiza en el proceso penal. Si la detención importa privar al procesado de su libertad para garantizar los fines del proceso, la excarcelación correlativamente constituye una medida contracautelar o cautelar menos intensa en cuya virtud el imputado recupera su libertad ambulatoria, pero condicionada al cumplimiento de ciertas obligaciones, tales como el deber de comparecencia, de fijar un domicilio determinado, de pagar una caución, de justificar sus actividades, etc., cuya infracción determina la revocación de la libertad y el reintegro del imputado al estado de detención.

El objeto esencial de la excarcelación, apunta Mario I. CHICHIZOLA, es no imponer al encausado una restricción de la libertad en medida superior a las necesidades de la justicia represiva y a la verdadera naturaleza del hecho cometido, en cuya apreciación juega capital importancia

el arbitrio judicial [160]. La excarcelación es un reemplazo de garantías, de la más radical –propia del encarcelamiento preventivo del procesado– a otra menos intensa que presupone la libertad de locomoción del imputado, y por tanto informada por el principio de proporcionalidad estricta. Ésta constituye, al decir de VÉLEZ MARICONDE, un estado provisional de libertad, sometido a especiales vínculos, en que el procesado se encuentra cuando *se evita* (concepto inaplicable en nuestra legislación) o se hace cesar la prisión preventiva [161].

## 2. NOTAS CARACTERÍSTICAS

La excarcelación, sostiene Carlos J. RUBIANES, presenta cuatro características esenciales: **a)** es una garantía constitucional, o mejor dicho, es un derecho fundamental; **b)** es un derecho procesal; **c)** es una medida sustitutiva de la detención; y, **d)** es una medida cautelar [162].

Se trata de un *derecho fundamental* porque la Constitución, en el art. 2º.24, garantiza la libertad y seguridad personales, lo que importa sostener que sólo permite la detención o prisión preventiva por razones excepcionales derivadas del peligro para los fines del proceso. El art. 9º.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aplicable a nuestro ordenamiento jurídico con fuerza directa a partir de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final, reconoce el derecho de todo individuo a la libertad y a la seguridad personales y, paralelamente, el inc. 3 afirma que en caso de que se encuentre detenido o sujeto a prisión, siendo ésta la excepción, tiene derecho a ser puesto en libertad, la que podrá estar subordinada a garantías que aseguren su comparecencia en el proceso.

Por lo demás, es de entender –siguiendo a Hernando LONDOÑO JIMÉNEZ– que la excarcelación es la concreción final del principio del *favor libertatis*, en cuanto se le entiende como el principio en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad personal al imputado que esté privado de ella, cuando

---

[160] CHICHIZOLA, Mario I.: *La excarcelación*, La Ley, Buenos Aires, 1963, p. 24.

[161] VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner– Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. II, p. 521.

[162] RUBIANES, Carlos J.: *Manual de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1995, T. III, pp. 143–144.

vengan a faltar las condiciones que legitimen el estado de privación de la libertad [163].

La excarcelación es un *derecho procesal* y no un beneficio. Se trata de un derecho porque tiene raigambre constitucional y deviene del principio de inocencia consagrado en el art. 2º.24.e) de la Constitución, luego, no es un beneficio que se concede graciablemente [164]. En tal virtud, el imputado tiene el derecho a ser excarcelado si se encuentra en situación legal de serlo, correspondiendo al juez solamente declarar la coincidencia entre el status fáctico en que se encuentra el imputado y el proceso y alguna de las hipótesis permisivas de la ley.

El hecho de que la ley, art. 182º del Código de 1991, diga "podrá" en vez de "concederá" no sólo se refiere a la solicitud sino que aun cuando deba entenderse como dirigida al juez, la decisión denegatoria –apunta Guillermo A. C. LEDESMA– sólo podrá fundarse en la interpretación de una de las normas que rigen los institutos y no en la mera facultatividad que se les atribuya, puesto que en ese caso la resolución carecería de fundamento legal y sería arbitraria [165]. VÉLEZ MARICONDE precisa que siempre que no concurran las condiciones indispensables para que se mantenga al procesado, excepcionalmente, privado de libertad, él tiene el derecho de que se le conceda excarcelación, mientras el órgano jurisdiccional, correlativamente, está en el deber de acordarla [166].

La excarcelación es una *medida sustitutiva o alternativa de la detención.* Su razón de ser, como se expresó, está informada por el principio de proporcionalidad estricta: si las evidencias en orden al "peligrosismo procesal" demuestran que la facultad excepcional del Estado de encarcelar preventivamente a una persona, en cuanto medida necesaria, se han desvanecido, por una u otra circunstancia, es del caso arbitrar una medida distinta, menos intensa que asegure al imputado al proceso. Señala al respecto RUBIANES que como la excarcelación presupone que el

---

[163] LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando: *De la captura a la excarcelación*, Temis, Bogotá, 1990, pp. 235 y 239.

[164] LEVENE (H), Ricardo: «La excarcelación», en: AA.VV.: *Excarcelación y eximición de prisión*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 51 y 56

[165] LEDESMA, Guillermo A. C.: *Eximición de prisión y excarcelación*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1981, p. 13.

[166] VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 522.

imputado esté encarcelado, por detención o prisión preventiva, aparece así como un sustitutivo de esas medidas precautorias; porque no obstante mantenerse la razón de ser de tales medidas restrictivas de la libertad, el imputado puede lograr su libertad [167].

La excarcelación es una *medida cautelar personal.* En tanto se trata de una medida sustitutiva a la detención o prisión preventiva que reduce su carga de lesividad a la libertad ambulatoria del imputado y en cuanto se impone al imputado un conjunto de reglas de conducta para evitar que fugue, no hay duda que se trata de una medida cautelar. MORENO CATENA apunta que, como medida cautelar que es, limita la libertad ambulatoria del imputado, quien continúa sometido al proceso, a la par que se adopta para asegurar su comparecencia en el procedimiento, el normal desarrollo de la investigación y el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga, y está sometida al principio de provisionalidad [168].

En tanto medida cautelar, la excarcelación es un estado de libertad restringida y esencialmente revocable. Es *restringida,* porque el imputado contrae la obligación formal de someterse al órgano jurisdiccional, compareciendo cada vez que sea citado; y, *revocable* porque la resolución que la concede, al igual que la que se la deniega, no causa instancia, pudiendo ser dejada sin efecto cuando las necesidades del proceso penal así lo requieran [169].

### 3. MODALIDADES DE EXCARCELACIÓN

Si advertimos las características de la excarcelación como medida cautelar menos intensa que la detención y que permite la recuperación de la libertad ambulatoria del imputado, en nuestro ordenamiento jurídico procesal encontramos cuatro modalidades:

**a)** La libertad provisional (arts. 182º–188º del Código de 1991);

**b)** La libertad vigilada (arts. 366º–368º del Código de 1940, modificados por el Decreto Ley Nº 25476, y art. 397º del Código de 1991);

---

[167] RUBIANES: *Manual de Derecho procesal penal,* cit., T. III, p. 144.

[168] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 515.

[169] CHICHIZOLA: *La excarcelación,* cit., p. 29.

c) La libertad por exceso en el plazo de detención, que a su vez es de dos clases: una, la delimitación temporal de la detención, fijada en el art. 137º del Código de 1991; y, dos, la libertad durante el procedimiento recursal, reconocida en la Ley Nº 24063, de 11 de enero de 1985, que ha repetido con mejor factura técnica el art. 335º del Código de 1991; y.

d) La libertad incondicional, que presenta dos modalidades: una, la automática por informes finales; y, dos, la incondicional propiamente dicha dictada al amparo del art. 201º del Código de 1940 cuando se trata de un proceso complejo.

Es de tener presente que en el Acuerdo Plenario Nº 3–97, de 15 de diciembre de 1997, los Vocales Superiores de la República consideraron que el mandato de detención, en cuanto medida cautelar está sujeta al principio de variabilidad, por lo que puede sustituirse por el de comparecencia si durante el curso del procedimiento se enervan alguno de los requisitos previstos en el art. 135º del Código de 1991. Sin embargo, aun cuando una nota característica de esta medida es la cláusula *rebus sic stantibus*, la ley fija expresamente las modalidades que puede tomar la excarcelación, que son las arriba mencionadas, por lo que no es posible asumir una modalidad excarcelatoria distinta a las taxativamente previstas en la ley procesal. En este mismo sentido se ha pronunciado el supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 3 de abril de 1996 [170].

## II. LA LIBERTAD PROVISIONAL

### 1. Concepto

La libertad provisional, según Ortells Ramos, es una medida cautelar que consiste en una limitación de la libertad del imputado, mediante la imposición al mismo de obligaciones específicas, cuyo cumplimiento debe ser, en su caso, garantizado por una caución [171]. Su objeto, como apunta la jurisprudencia nacional, es poner fin a la privación de la libertad del inculpado, para dar lugar a que se le impongan medios de asegu-

[170] Exp. Nº 460–95, Lima.

[171] En: Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 566.

ramiento más benignos, siendo sólo una excarcelación transitoria que busca evitar se produzcan efectos perniciosos con una prolongada excarcelación [172].

La libertad provisional, como apunta CLARIÁ OLMEDO, tiene una base formal sólida: el procesamiento del imputado y el mandato de detención efectivizado, esto es, que el imputado se encuentre sometido a prisión en un establecimiento penal [173]. Así lo establece el primer párrafo del art. 182º del Código de 1991. Es obvio, asimismo, que otra base formal es que el imputado haya prestado declaración instructiva, es decir, que haya tenido la oportunidad de responder materialmente a la imputación formulada en su contra.

El imputado, por medio de la libertad provisional, pasa de una *situación jurídica de sujeción* –se encuentra detenido en un establecimiento penal por imperio del mandato de detención, que no puede eludir salvo mediante la fuga– a una *situación jurídica de obligación*, estando libre para cumplirla y asume las responsabilidades que se derivan del incumplimiento [174].

El objeto de las obligaciones accesorias que se imponen al imputado, enfatiza ARAGONESES MARTÍNEZ, estriba en asegurar su presencia en el proceso penal [175].

## 2. PRESUPUESTOS

### *A. Introducción*

La ley reconoce dos presupuestos, siempre vinculados al *periculum in mora*, para la procedencia de la libertad provisional, que tienen como base común que luego de la detención se presenten nuevos elementos de convicción derivados de actos investigación concretos que permitan

---

[172] Exp. Nº 62–97, Ejecutoria del Juzgado Penal de Lima (sic), de 6 de marzo de 1997 (NOGUERA RAMOS, Iván: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, Ediciones Forenses, Lima, 1997, pp. 248–249).

[173] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1962, T. V, p. 312.

[174] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit. T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 567.

[175] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 397.

razonablemente prever: **1.** Que la pena privativa de libertad a imponerse al imputado no será mayor de cuatro años, o que el imputado esté sufriendo una detención mayor a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Fiscal en su acusación escrita. **2.** Que se haya desvanecido la probabilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria (art. 185º).

Lo expuesto en el párrafo precedente significa que la libertad provisional no se sustenta en la variación del *fumus boni iuris*. Consecuentemente, no cabe que se otorgue sobre la base de que los fundamentos probatorios de la imputación se han desvanecido; el juicio de la libertad provisional es siempre incriminador desde el primer presupuesto de la detención y centrado en el *periculum in mora*. A este respecto, la Corte Suprema ha establecido que no cabe que el pronunciamiento de la procedencia de la libertad provisional se sustente en que los cargos imputados se han desvirtuado [176]. Sólo se acepta si el desvanecimiento de los cargos importe una prognosis de sanción no superior a los cuatro años de privación de libertad [177].

Resulta de primera importancia tener presente que la libertad provisional en nuestro ordenamiento procesal penal se dicta una vez que el auto de detención quedó firme; por consiguiente, para que opere la libertad provisional se requiere que las necesidades del *periculum in mora* hayan variado en beneficio del imputado, toda vez que esta institución se funda en una menor intensidad de dicho peligro en comparación con la exigida para la detención o prisión provisional. La variación se aprecia en función a la actividad de investigación llevada a cabo hasta el momento de la solicitud de libertad provisional.

*B. Variación de la penalidad del hecho*

Los elementos de convicción actuados luego del auto de detención deben acreditar que el hecho objeto del proceso, independientemente de su calificación, no merece en el caso concreto, atendiendo los factores de medición de la pena (arts. 45º–46º del Código Penal), una privación de libertad superior a los cuatro años.

---

[176] Ejecutoria suprema de 20 de diciembre de 1994, Exp. Nº 440–94–B. Lima.

[177] Ejecutoria suprema de 22 de abril de 1994, Exp. Nº 55–94, Ayacucho.

Esta primera regla del *periculum in mora*, de orden cuantitativa y que genera una presunción sujeta a ulterior corroboración por la segunda regla vinculada al peligro de fuga o de entorpecimiento, es constatable objetivamente a través de la actividad instructora. El hecho objeto del proceso, desde la perspectiva del *contenido del injusto*, puede variar en sus contornos típicos al punto de merecer una tipificación o calificación jurídico penal diferente, generalmente por una figura penal que importe una sanción menor a la que fue objeto de calificación en el auto de apertura de instrucción, o porque la magnitud del hecho disminuya sensiblemente. Por ejemplo, se pasa de un tipo penal agravado al básico o privilegiado, o se acredita la presencia de factores vinculados al hecho delictuoso que importan atenuantes importantes y que obligan a considerar que la pena inicialmente prevista deba ser reexaminada bajo una prognosis de sanción de menor intensidad (v. gr.: menor monto de la afectación patrimonial denunciada). De igual manera, pueden presentarse modificaciones en el nivel de la *culpabilidad por el hecho* que determinan asimismo una disminución de la pena prevista; v. gr.: minoridad de edad relativa, afectación emocional, móvil altruista, error de prohibición imperfecta, etc. Es obvio que si el pedido de libertad provisional se sustenta en una redefinición de la tipicidad, no puede desestimarse la excarcelación porque el auto apertorio de instrucción aún no ha sido ampliado, lo que es una consecuencia del principio del *favor libertatis*.

Otro supuesto dentro de esta misma regla se traslada a la etapa intermedia y se relaciona con la pretensión penal del Ministerio Público. Se presenta cuando el Fiscal pide una determinada pena y el imputado está sufriendo una detención mayor a las dos terceras partes de la pena solicitada. En este caso, dado que el proceso ingresa a una fase definidamente acusatoria, donde el protagonismo de las partes es mayor, la petición fiscal es central para la respuesta judicial; en consecuencia, se dará por cumplido este requisito, salvo errores evidentes del Fiscal, cuando éste pida una pena concreta y en relación con la carcelería que viene sufriendo el reo resulta que ya transcurrió las dos terceras partes de dicha pena. Se trata, pues, de una regla donde la pretensión penal del fiscal es vinculante para el órgano jurisdiccional.

*C. Variación del peligro de fuga o de entorpecimiento*

El peligro de fuga o de entorpecimiento, como se sabe, es la regla más importante y que, a su vez, fundamenta la legitimidad de la deten-

ción judicial pues evita que se transforme en pena anticipada. En el curso del procedimiento es posible que varíen sustancialmente las circunstancias que rodean al caso y al imputado, que permitan concluir que si está en libertad no abusará de ella para huir o incumplir las obligaciones que se le impongan. Es factible que luego del mandato de detención se establezca el arraigo del imputado en el país o localidad, que al inicio no era claro; igualmente cabe colegir fundadamente que el imputado, por su carácter y moralidad, acreditadas con nuevos elementos de convicción, no huirá si obtiene libertad provisional. Asimismo, es razonable considerar –sobre la base de nuevos elementos de convicción– que el peligro sobre la actividad probatoria ha disminuido o que, según el avance del procedimiento, tal riesgo ya no va a ser posible, por lo que, no subsistiendo los motivos que en su día determinaron la detención, no cabe otra cosa en respeto del principio de proporcionalidad estricta que acordar su libertad provisional.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular. Así nos dice que si se determina que el procesado tiene domicilio conocido, carece de antecedentes policiales y no tiene requisitoria pendiente en su contra, ello permite estimar que no eludirá la acción de la justicia [178].

Es de entender, asimismo, que a medida que avanza el proceso y demore excesivamente, infringiendo los plazos procesales en perjuicio del imputado, atento a las consecuencias procesales de una dilación procesal, es perfectamente posible que pueda acordarse la libertad provisional, dado que en estos casos por lo general los riesgos para el proceso disminuyen ostensiblemente. Por lo demás, de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sancionada en los asuntos *Neumeister, Matznetter, Tomasi y W.*, la intensidad del juicio de ponderación en estos casos es diferente según el momento procesal en que se deba evaluar la libertad provisional, ya que la ponderación de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga *"puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida de prisión, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses"* [179].

---

[178] Ejecutoria suprema, Exp. Nº 55–9, Ayacucho, 22 de abril de 1994 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 335–337).

[179] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de España Nº 62/1996, de 21 de mayo de 1996.

Sobre la lógica o relación de jerarquía entre las dos reglas constitutivas del *periculum in mora*, es de precisar que la posición dominante o el criterio rector para acordar la excarcelación siempre está en función a la regla vinculada al peligro de fuga o de entorpecimiento. La primera regla (prognosis de sanción privativa de la libertad) no hace sino incorporar una pauta objetiva de proporcionalidad estricta, cuya disminución obliga a dictar la libertad provisional sin atender a la segunda regla, pues la ley considera presuntivamente que si la penalidad no es grave no cabe riesgo mayor para el proceso derivada de la actitud del imputado. Empero, como la segunda regla es la que, en rigor, legitima toda restricción de la libertad personal, si ella varía al punto de descartar o desvanecer consistente o considerablemente el peligro de fuga o de entorpecimiento, aun cuando la primera regla –de la pena probable– no se enerve, es posible la libertad provisional. Es de recordar, como tiene puntualizado ASENCIO MELLADO, que la gravedad de la pena no basta por sí sola para probar el peligro de fuga, sino que debe conjugarse con toda una serie de circunstancias que coinciden con las arriba expresadas [180].

### 3. OBLIGACIONES ACCESORIAS

Las obligaciones accesorias derivadas de la procedencia de la libertad provisional son de dos órdenes: la *primera*, anterior a la excarcelación y requisito para que proceda, como es la caución; y, la *segunda*, la imposición de reglas de conducta, que garanticen la presencia del imputado en el curso del procedimiento. Así lo tienen establecidos los arts. 182º.3 y 186º del Código de 1991. Las cauciones y las reglas de conducta son las que restringen procesalmente la libertad provisional obtenida, cuya inobservancia producirá, en el primer caso, la no excarcelación y, en el segundo caso, la revocatoria de la libertad provisional y consiguiente recaptura.

#### *A. La caución*

Señala CLARIÁ OLMEDO que la excarcelación debe ser concedida bajo determinadas seguridades garantizadoras del cumplimiento de las condiciones impuestas en el auto de soltura, las que serán aceptadas o satisfechas antes de su ejecución [181].

---

[180] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 105.

[181] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 338.

Se entiende por caución el compromiso patrimonial del imputado en orden al cumplimiento o reforzamiento del cumplimiento de las obligaciones de comparecencia que se le imponen al ser excarcelado. TOMÉ PAULE la define como la garantía que el procesado o inculpado ha de prestar y que se destina a responder de la comparecencia del mismo cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa [182].

El Código de 1991 reconoce, en primer lugar, la caución dineraria y la caución real, y, en segundo lugar, la fianza personal para el insolvente. El art. 206º del Proyecto de 1995 introduce la caución juratoria.

Corresponde al Juez, en todos los casos, fijar el monto de la caución, pues ello permitirá medir el nivel del compromiso patrimonial del imputado o de un tercero en caso se constituya en fiador. La *caución dineraria* (personal, la denomina el Proyecto de 1995), se cumple cuando el imputado deposita la cantidad fijada en la resolución en el Banco de la Nación. La *caución real* se cumple cuando el imputado constituye una garantía patrimonial suficiente que cubra el monto fijado en la resolución judicial, tales como hipotecas, depósitos de efectos públicos u otros valores cotizables.

La *fianza personal* se constituye cuando el imputado no tiene, en el momento del auto de soltura, solvencia económica suficiente para cubrir el monto de la caución. A tal efecto, un tercero se constituye en fiador personal del imputado y se exige que la fianza conste por escrito y que el fiador sea persona mayor de edad, de responsabilidad y arraigo, esto es, que posea una solvencia económica suficiente para responder al monto de la caución fijada, acreditada en la causa por la propiedad de bienes u otras fuentes de ingresos, y que esté domiciliado en el lugar del proceso en que, en su caso, deba hacerse efectiva la caución (arts. 1868, 1871º y 1876º del Código Civil).

La *caución juratoria*, que reemplaza a la garantía patrimonial y que recién se ha incluido en el Proyecto de Código de 1995, consiste –como anota VÉLEZ MARICONDE– en una promesa jurada que hace el imputado de que cumplirá las obligaciones que se le impongan y presupone que el imputado por su estado de pobreza no puede depositar caución u ofre-

[182] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 275.

cer fianza personal y que no hay motivos para presumir que el procesado no cumplirá las obligaciones que le correspondan [183].

El Código de 1991 no fija los parámetros necesarios para fijar la caución, lo que sí hace el art. 208º del Proyecto de 1995, de conformidad con el derecho comparado. Es uniforme exigir que la calidad y cantidad de la caución se determina teniendo en consideración tres parámetros: **a)** la naturaleza del delito y la gravedad del daño ocasionado; **b)** el estado social y los antecedentes del imputado; y, **c)** todas las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad.

La primera regla se justifica, ya que de la gravedad del injusto dependerá el mayor o menor interés del imputado en eludir el procesamiento y la pena que pudiera corresponderla. También es lógica la segunda regla, dado que el estado social y los antecedentes del procesado ejercen decisiva influencia en lo que respecta a la posibilidad de que el encausado se someta a la acción de la justicia al ser liberado bajo caución. El conjunto de circunstancias que puedan influir en el riesgo de fuga del reo deben analizarse en función, asimismo, a la posición económica o medio de vida del procesado, para no exigir una caución de imposible realización, haciendo ilusoria la excarcelación, pues el imponer al imputado que carece de fortuna y tiene escasos recursos una caución cuantiosa importa tanto como negarle la libertad por la imposibilidad de cumplir la obligación requerida como condición para disfrutar de ella [184]. Es de tener en cuenta que no puede tomarse como referencia absoluta o mecánica el valor de la responsabilidad civil *ex delicto,* pues para su aseguramiento existe la medida cautelar real de embargo, consecuentemente debe incidir como criterio rector para fijar la cuantía de la caución el aseguramiento de la comparecencia del imputado para que se haga efectiva la aplicación de la ley penal.

*B. Las reglas de conducta*

El art. 186º del Código obliga al juez a fijar reglas de conducta que garanticen el deber del imputado de someterse a los mandatos judicia-

[183] VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal,* cit., T. II, pp. 526–527.

[184] CHICHIZOLA: *La excarcelación,* cit., pp. 109–110.

les y a la imposición de la pena en caso se le condene. Estas condiciones, señala Carlos CREUS, están fundamentalmente destinadas a ejercer el necesario control de la persona del imputado respecto del proceso, pero no exentas de la finalidad de restarle oportunidades para recaer en el delito [185]. Lo expuesto significa que el imputado que obtiene libertad provisional goza de la totalidad de sus derechos, con excepción de las restricciones que se le imponen por las necesidades del proceso penal.

Constituye una pauta generalmente aceptada imponer como reglas de conducta alguna de las alternativas fijadas en el art. 143° del Código de 1991, esto es: **a)** sometimiento del imputado a una vigilancia de una persona o institución, **b)** no ausentarse de la localidad o no concurrir a determinados lugares o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen, y **c)** no comunicarse con determinadas personas. Estas reglas, en rigor alternativas a la detención, son plenamente razonables y cuidan que el imputado incumpla el deber de concurrencia que es propio de todo procesamiento. De igual manera, tales reglas son similares a las impuestas para el caso de condena condicional (art. 58º del Código Penal), tales como prohibición de frecuentar determinados lugares y de ausentarse del lugar de residencia, así como la obligación de comparecer personal y obligatoriamente al juzgado, para informar y justificar sus actividades.

Si el imputado infringe las reglas de conducta se revocará la libertad provisional y se ordenará su recaptura. Se entiende que la revocatoria también opera cuando el procesado no concurre, sin justificación suficiente, a las citaciones judiciales. El art. 213º del Proyecto de 1995 incorpora como causal de revocatoria que el imputado realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan se dicte mandato de detención en su contra.

El incumplimiento de las reglas de conducta trae consigo, asimismo, la pérdida de la caución y, en su caso, la ejecución de la caución real y de la fianza personal, que se hará ejecutivamente bajo las pautas establecidas por la legislación civil (art. 187º). Una vez ejecutada la caución dineraria o real y, en su caso, la fianza, los montos obtenidos pasarán a un fondo de tecnificación de la administración justicia. Por otro lado, si el imputado ha cumplido con las reglas de conducta y es absuelto o

[185] CREUS, Carlos: *Derecho procesal penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 336.

sobreseído le será devuelta la caución o dejada sin efecto la fianza y caución real (art. 188º).

4. PROCEDIMIENTO

En cuanto al procedimiento de la libertad provisional, es del caso anotar lo siguiente:

*A. Oportunidad*

La libertad provisional puede ser pedida por el imputado o por su defensor desde el momento en que es detenido y ha rendido instructiva hasta el momento en que se resuelva su situación jurídica definitivamente [186]. El art. 182º hace referencia al procesado, lo que no excluye al defensor, en cuanto es su representante técnico, ni a su familia si éste se haya imposibilitado de solicitarle. Rige, por tanto, la regla del *favor libertatis* que excluye la interpretación formalista y restrictiva de dicha norma. Las reglas del Código de 1991 no permiten la excarcelación de oficio (arts. 55º.4 y 182º), lo que sí era posible en el Código anterior tras su modificatoria por el Decreto Ley Nº 21895.

El Código de 1991 no ha reproducido lo dispuesto por el art. 106º del Código de 1940, que autorizaba la libertad provisional mientras no se haya iniciado el juicio oral, tal como lo recordó la Corte Suprema en la Ejecutoria suprema de 8 de agosto de 1988 [187].

*B. Competencia*

El Juez competente para resolver sobre la libertad provisional del imputado es el juez que interviene en el proceso, en rigor el órgano jurisdiccional que tiene competencia sobre el asunto principal. Esto último es consecuencia de lo anterior, es decir, de que la excarcelación puede ser acordada en todo estado del proceso; por tanto, puede presentarse ante el Juzgado Penal como ante la Sala Penal Superior. No cabe el argumento de que si la Sala Penal Superior resuelve directamente (siempre, claro está, que la causa se encuentre en su poder en las fases

[186] CHICHIZOLA: *La excarcelación*, cit., p. 137.

[187] Exp. Nº 462–87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 271–272).

intermedia y de enjuiciamiento) se impediría hacer efectivo el doble grado de jurisdicción (el Tribunal Supremo no conoce de autos de libertad provisional), puesto que en este caso se está cumpliendo con un principio de favorabilidad que puede importar la excarcelación de un imputado indebidamente detenido.

*C. Trámite*

Todas las diligencias de libertad provisional deben sustanciarse en cuaderno aparte, sin interrumpir el curso del principal. El art. 184º estatuye que presentada la solicitud de libertad provisional, el Fiscal formará el incidente en el término de un día (modificación de la Ley Nº 25371) y lo remitirá al juez, con conocimiento de los demás sujetos procesales. Esta norma, ya vigente, presenta una incoherencia con el hecho de que subsistiendo la figura del Juez Instructor es dicho órgano jurisdiccional quien tiene el expediente, por lo que es del caso sostener que dicha norma es inaplicable mientras sea el Juez quien tiene el control de los actuados, por lo que es ante el Juez que debe presentarse la solicitud de libertad provisional.

El cuaderno de libertad provisional, apunta Iván NOGUERA RAMOS, comprende la copia certificada del auto de detención, de la solicitud del imputado, los antecedentes judiciales y penales del imputado, así como también la información del domicilio y profesión u ocupación del imputado [188]. Obviamente, deben agregarse las copias pertinentes de los actuados judiciales que den cuenta de los cargos imputados y todas aquellas pruebas o actos de investigación que se relacionen con el *periculum in mora*, cuya mérito es precisamente el objeto de discusión. El Fiscal debe emitir el dictamen correspondiente pronunciándose por la procedencia o improcedencia de la libertad provisional. El Juez, a su vez y por imperio del principio de bilateralidad, una vez que pone el dictamen fiscal en conocimiento de las partes el tenor del dictamen fiscal, debe resolver en el término de un día, decisión que se notificará a las partes y se comunicará al Fiscal Provincial.

El auto de libertad provisional o de soltura, como se sabe, debe estar debidamente motivado por imperio del art. 139º.5 de la Ley Fundamen-

[188] NOGUERA RAMOS: *Detención y libertades*, cit., p. 219.

tal. En caso acuerde la libertad provisional, necesariamente debe fijar el monto de la caución y establecer las reglas de conducta a que estará sometido el imputado.

*A. Recursos*

Contra el auto que se pronuncia sobre la libertad provisional procede recurso de apelación (en tanto es emitido por el Juez Penal). Si se trata de un auto de soltura, la apelación no impide la excarcelación (art. 186º), lo que significa que la apelación solamente tiene efecto devolutivo y ratifica lo dispuesto en el art. 336º de dicho Código. El término para apelar es de dos días.

Si se ha denegado la libertad provisional, puede insistirse en ella mediante otro pedido, siempre y cuando la situación jurídica del imputado haya variado. Ello es consecuencia de la regla del *rebus sic stantibus*, en cuya virtud la detención debe modificarse o dejarse sin efecto si los motivos varían o desaparecen a lo largo de la causa [189]. En estos casos no cabe recurso de nulidad [190].

## III. LA LIBERTAD VIGILADA

Los arts. 366º al 368º del Código de 1940 instituyeron un procedimiento auxiliar denominado "*Audiencias Públicas Extraordinarias*", el cual debía realizarse al finalizar los meses de julio y diciembre de cada año, a fin de examinar las causas con reo en cárcel, escuchar las quejas que presenten los defensores y personeros de los imputados y disponer *la libertad vigilada* de los acusados que lo merezcan. Esas disposiciones, a su vez, fueron reglamentadas por la Circular de la Corte Suprema de fecha 5 de noviembre de 1971, que complementó la Circular de 11 de junio de 1941.

Este procedimiento fue modificado por el Decreto Ley Nº 25476, de 6 de mayo de 1992, que impuso su desarrollo trimestral, "a fin de garantizar que los procesos penales se tramiten en los plazos fijados por la ley y el derecho de toda persona procesada a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad" (art. 2º).

---

[189] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 48.

[190] Ejecutoria suprema de 8 de julio de 1976, Exp. Nº 605–76, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 465).

La libertad bajo vigilancia, que se otorga en el marco de este nuevo procedimiento especial, opera de oficio –lo que no obsta el pedido de parte en el acto de la audiencia pública– para aquellos acusados que hayan sufrido un tiempo de detención que fuere superior a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Ministerio Público en su acusación, sin perjuicio de su inmediato juzgamiento. La norma primigenia disponía que el tiempo de detención debía ser igual o mayor que la pena pedida por el fiscal (art. 367º.3).

El art. 397º.3 del Código de 1991 estableció dos limitaciones a esta regla. La primera limitación consiste en que la excarcelación podía evitarse si es que el órgano jurisdiccional fija de inmediato la fecha más próxima para la realización de la audiencia. La segunda estriba en que no cabe libertad bajo vigilancia en los delitos en que la ley no permite el beneficio penitenciario de liberación condicional: se trata, con arreglo al art. 53º del Código de Ejecución Penal, de los delitos de tráfico de drogas –salvo delitos menores de esa modalidad delictiva– y terrorismo. El Decreto Ley Nº 25476 sólo prohibió la libertad vigilada en los procesos por delitos de tráfico ilícito de drogas. Posteriormente, han venido a integrar la lista de los denominados *delitos inexcarcelables* el secuestro y el robo de ganado agravados (Ley Nº 26630, de 21 de junio de 1996), así como los delitos de terrorismo agravado (Decreto Legislativo Nº 895, de 23 de mayo de 1998) y de asesinato, secuestro, violación de menor de edad, robo simple, robo agravado y extorsión (Decreto Legislativo Nº 896, de 24 de mayo de 1998).

Como fluye de su texto, esta libertad se sustenta en los principios de interdicción de las dilaciones indebidas y de proporcionalidad estricta. El eje de esta institución es la acusación fiscal, en rigor la pena que solicita como pretensión penal. Sobre esa base, en función a la carcelería sufrida, el órgano jurisdiccional evalúa si el imputado ha cumplido el término que fija la ley. En tanto se trata de una excarcelación que tiene finalidad cautelar, como apunta GARCÍA RADA, el procesado queda obligado a no abandonar el lugar de su residencia y a vivir en el domicilio señalado, así como a concurrir a la audiencia todas las veces que fuere citado, cuyo incumplimiento puede determinar la cancelación de la libertad [191]. El Juez o Tribunal está obligado a fijar reglas de conducta,

[191] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 362.

similares a las dispuestas para el caso de libertad provisional, y a revocar la libertad si las incumple.

## IV. LA LIBERTAD POR EXCESO DEL PLAZO DE DETENCIÓN

Dos son los supuestos que teniendo en cuenta exclusivamente el tiempo de la detención permiten la excarcelación del imputado. El primer supuesto constituye una regla de carácter general que recoge el principio de temporalidad de la detención, regulado en el vigente art. 137º del Código de 1991, modificado por el Decreto Ley Nº 25824, de 9 de noviembre de 1992. El segundo supuesto incorpora un límite específico a la detención cuando existe sentencia de primer grado que ha sido impugnada, el mismo que se encuentra estatuido en el art. 2º de la Ley Nº 24063 (norma vigente) y en art. 335º del Código de 1991.

La limitación de la duración de la detención, como explica ASENCIO MELLADO, goza de una serie de fundamentos, entre los que tenemos el derecho a la presunción de inocencia, que se podría ver enormemente afectado si la detención pudiera mantenerse todo el tiempo que durara el proceso, y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que exige que los procesos se desarrollen y celebren en un plazo que pueda considerarse razonable [192].

La duración razonable de la detención, en principio, como apuntó en su día el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe apreciarse en cada caso concreto (*Caso Wemhoff*, 1968), teniendo en cuenta la gravedad de los delitos que se imputan (*Caso Tomasi*, 1992), el riesgo de fuga y la complejidad del procedimiento (*Caso Van del Tang*, 1995). Por ello, es de tener presente que lo que hace el art. 137º del Código de 1991 es instituir un sistema de plazos máximos, pero, como enseña MORENO CATENA siguiendo al Tribunal Constitucional Español (1996, 1991 y 1990), "el plazo razonable de la prisión provisional en una causa determinada puede ser sensiblemente inferior al plazo máximo legal, atendiendo a la complejidad de la causa, la actividad procesal desplegada y el comportamiento del imputado" [193].

---

[192] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., pp. 251–253.

[193] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 536–537.

Ya se ha estudiado detenidamente la delimitación temporal de la detención cuando se analizó dicha medida cautelar, resta ahora dar cuenta de la libertad durante el procedimiento recursal.

El art. 2º de la Ley Nº 24063 estatuye que si se ha sobrepasado el tiempo de la pena solicitada por el Ministerio Público o la impuesta por la sentencia (cualquiera de las dos), si ésta estuviera pendiente del recurso de apelación o nulidad, sin perjuicio que éstos sean resueltos, serán puestos en libertad inmediata, con excepción de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. En tanto se trata de una regla construida sobre la base del principio de *proporcionalidad estricta* y radicada en supuestos objetivos –pena solicitada o pena impuesta– lo único que cabe al órgano jurisdiccional es constatar el transcurso del tiempo y, en su caso, disponer la inmediata libertad, la cual por lo demás, debe estar sujeta al cumplimiento de reglas de conducta que aseguren su presencia en las diligencias judiciales (art. 137º, primer párrafo). Contra esta modalidad de libertad, señala el Tribunal Supremo, no procede recurso impugnatorio alguno [194].

El art. 335º del Código de 1991 recoge la misma institución procesal, pero la limita al supuesto de pena impuesta, descartando el supuesto de pena solicitada por el Fiscal. Dicha norma expresamente contempla la imposición para el liberado de medidas que aseguren su presencia, siendo aplicables en lo pertinente las restricciones contempladas en el art. 143º.

## V. LA LIBERTAD INCONDICIONAL

El Código de 1940 contempla dos instituciones relativas a la excarcelación, en cuanto medida cautelar menos intensa, que operan cuando desaparece el presupuesto del *fumus boni iuris* o atribución razonada del hecho punible que en su momento sustentó el mandamiento de detención o encarcelamiento preventivo. Se trata de la libertad con los informes finales y de la libertad incondicional propiamente dicha.

### 1. LIBERTAD CON LOS INFORMES FINALES

La *libertad con los informes finales* opera de oficio y automáticamente. Está limitada al Código de 1940 y, en lo específico, al procedimiento co-

[194] Ejecutoria suprema de 21 de noviembre de 1985, Exp. Nº 2265–85, Ayacucho.

mún–ordinario para delitos graves, en el que la etapa de instrucción concluye con los informes finales del fiscal provincial y del juez penal, atento a lo dispuesto en los arts. 197º–199º del Código. Este proceso de conclusión del sumario judicial no se da en los procesos común–ordinario para delitos menos graves (conocido como *juicio sumario*) ni en los procesos especiales.

El requisito esencial para que opere esta libertad consiste en la necesidad de una absoluta coincidencia en las conclusiones de ambos informes acerca de la inocencia del inculpado. El Juez y el Fiscal adquieren certeza negativa acerca de la intervención delictiva que se le imputó, esto es, se convencen luego de analizar los elementos de convicción acopiados en el curso de la instrucción que es ajeno al delito objeto del proceso penal.

La absoluta coincidencia acerca de la inocencia del inculpado significa en buena cuenta que desapareció la atribución razonada del hecho punible, sustento del *fumus boni iuris*, por lo que deviene imperativo hacer cesar la medida de detención. Se califica la libertad de incondicional, no porque ello implica apartar al imputado del proceso, que en rigor sería un supuesto de sobreseimiento, sino porque el inculpado al ser liberado no estará sometido a ninguna restricción adicional. Su condición es la de comparecencia libre o sin restricciones. Por ello es que el art. 200º, segunda parte, preceptúa que el juez se debe limitar a notificarlo que debe presentarse al Tribunal en caso de que éste declarase que hay lugar a juicio.

## 2. LIBERTAD INCONDICIONAL

La *libertad incondicional* opera en cualquier estado de la instrucción, es decir, antes que el Juez considere concluido el procedimiento de investigación y remita los autos al Fiscal Provincial para su dictamen final (art. 197º). Se otorga de oficio o a pedido de parte. La jurisprudencia ha establecido que la libertad incondicional sólo puede ser solicitada durante la investigación y ante el Juez Instructor [195]. El presupuesto de esta libertad es que el imputado se encuentre en cárcel sujeto a un mandato de detención [196].

---

[195] Ejecutoria Superior de 17 de noviembre de 17 de noviembre de 1985, 14º Sala Penal Superior de Lima, Exp. Nº 363–86.

[196] Ejecutoria Superior de 30 de diciembre de 1988, 9º Sala Penal Superior de Lima, Exp. Nº 103–88.

La libertad incondicional procede cuando "... se demuestra plenamente la inculpabilidad del encausado", esto es, cuando se logra reunir prueba positiva de descargo que descarte fehacientemente la imputación. Por consiguiente, no procede **(1)** si no están desvirtuados los cargos que se imputan a los inculpados, y, en tal virtud, resulta necesario que el Juez Instructor continúe con las investigaciones del caso para reunir la prueba de la realización del delito [197]; **(2)** cuando existen cargos concretos de responsabilidad que aún no se han desvirtuado totalmente [198]; **(3)** cuando existen indicios razonables que presumen la culpabilidad del imputado [199].

Si bien se dictó mandato de detención por considerarse, al inicio del procedimiento, que existían elementos de convicción suficiente para estimar acreditada *prima facie* la realidad del delito imputado y la vinculación del imputado con dicha infracción penal, si en el curso de la instrucción se logran reunir elementos de convicción de descargo con entidad suficiente para destruir el juicio preliminar de imputación y estimar que el imputado no puede ser pasible de una sanción penal, resulta imperativo ordenar su libertad incondicional. Así lo ha estipulado la Corte Suprema en la Ejecutoria suprema de 10 de abril de 1990 [200] y en la de 24 de febrero de 1993 [201]. Por el contrario, no cabe esta excarcelación invocando como fundamento, sin prueba adicional, el solo mérito de las declaraciones instructivas de los acusados [202].

Esta libertad, siempre provisoria en atención a que el imputado queda indefectiblemente sujeto al proceso y a las decisiones que posteriormente se expidan en la causa, si bien tiene su fundamento en que el imputado resulta siendo inocente de los cargos que se le imputan, cuyo ejem-

---

[197] Ejecutoria suprema de 29 de enero de 1990, Exp. Nº 276–89, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 149–150).

[198] Ejecutoria suprema de 23 de marzo de 1992, Exp. Nº 174–91, Lima (*Normas Legales*, T. 237, febrero, 1996, p. J–25).

[199] Ejecutoria suprema de 25 de mayo de 1990, Exp. N° 91–90, Lima (*Normas Legales*, T. 205, junio, 1993, pp. 484–485).

[200] Exp. Nº 954–89, Lima.

[201] Exp. Nº 1870–91, Cuzco (*Normas Legales*, T. 238, marzo, 1996, pp. J29–J30).

[202] Ejecutoria suprema de 23 de marzo de 1993, Exp. Nº 229–92–B, Cuzco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., p. 358).

plo más notorio es el de la ajenidad y la no acreditación del hecho objeto del proceso penal, también puede sustentarse en razones mixtas con incidencia material, tales como la acreditación de una causa que niega la imputación objetiva del resultado, de un error de tipo, de una justificación penal o de una causal de exclusión de culpabilidad (error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado, estado de necesidad disculpante o miedo insuperable).

La inocencia o la presencia de razones materiales que impiden la sanción penal deben encontrarse positivamente establecidas. La duda, en este momento del proceso, no puede servir para dictar libertad, puesto que la excarcelación se basa en un supuesto de certeza negativa: convicción absoluta del juez de que el reo es ajeno al hecho delictivo, de que el delito no se ha producido o de que no se ha probado el elemento que lo hace penalmente relevante. Al respecto, la Corte Suprema ha precisado que la duda sólo puede favorecer a quien ha sido debidamente examinado en audiencia pública en donde ya no existen pruebas que actuar, resultando inaplicable invocarla al resolver un pedido de libertad incondicional [203].

El Juez, una vez que acuerde la libertad incondicional, debe excarcelar inmediatamente al imputado, pero la resolución la elevará en consulta al superior tribunal, formando el cuaderno respectivo [204]. La decisión, dictada de oficio o a pedido de parte, se resuelve sin trámite bilateral alguno. Si el Tribunal aprueba dicho auto culminará la incidencia y devolverá el cuaderno al Juzgado Penal, pero si lo desaprueba porque considera que no se dan los supuestos que hacen viable la libertad incondicional, ordenará la recaptura del indebidamente liberado, sin perjuicio de imponer las sanciones correspondientes o disponer las acciones que correspondan si la libertad ha sido maliciosa.

El Código de 1940 fija un trámite y efectos diferentes si la libertad recae en un proceso simple seguido contra un solo imputado. En este caso, ya no se trata de una excarcelación cautelar, sino de un supuesto especial de sobreseimiento anticipado, en cuya virtud la causa se archiva

---

[203] Ejecutoria suprema de 16 de abril de 1990, Exp. Nº 340–90, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 153).

[204] Ejecutoria suprema de 2 de marzo de 1988, Exp. Nº 829–87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 233–234).

definitivamente. Así lo ha reiterado el supremo Tribunal en diversas ejecutorias supremas; entre ellas tenemos las de 2 de marzo de 1988 [205]; *de* 24 de mayo de 1988 [206]; de 24 de abril de 1991 [207]; de 7 de julio de 1989 [208]. El supremo Tribunal otorga el mismo trámite y efectos procesales: archivo definitivo de la causa, cuando se dicta libertad incondicional a todos los encausados en cárcel, sin que existan otros en libertad [209]. En otra decisión, el alto Tribunal señaló que si se trata de un solo imputado, se eleva el principal, mientras que si existen otros procesales se envía al Superior copias de lo actuado, dado que el principal en este último caso no puede paralizarse [210].

El tratamiento diferencial de la legislación vigente ha sido explicado por la Corte Suprema, de la siguiente manera: "... el citado archivamiento [para procedimientos simples] no es procedente cuando se elevan copias [vista la pluralidad de imputados], por cuando siendo varios encausados y debiendo continuar la causa en trámite puede conocerse otras pruebas que demuestran la culpabilidad del encausado beneficiado con la libertad ..." [211]. En una decisión anterior, en un voto singular se cuestionó este parecer, bajo el siguiente argumento: "... como se tiene la absoluta convicción de su irresponsabilidad, esta solución de justicia no pierde validez por el hecho de que el encausado está comprendido en el proceso conjuntamente con otros, cuya situación jurídica puede ser distinta ..." [212].

---

[205] Exp. Nº 829–87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 233–234).

[206] Exp. Nº 531–88, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 255–256).

[207] Exp. Nº 751–90, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 347–348).

[208] Exp.Nº 1129–88, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 227–228).

[209] Ejecutoria suprema de 5 de junio de 1992, Exp. Nº 1384–90–B, San Martín (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., p. 355).

[210] Ejecutoria suprema de 15 de octubre de 1991, Exp. Nº 828–91–II SP, Cajamarca (*Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 169–170).

[211] Ejecutoria suprema de 31 de enero de 1992, Exp. Nº 531–88, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 356–357).

[212] Voto Singular del Sr. Vocal Dr. Valladares Ayarza. Ejecutoria suprema de 31 de agosto de 1988, Exp. Nº 1061–87–ISP, Ancash (*Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, cit., pp. 170–172).

El art. 189º del Código de 1991, en cambio, al tratar la libertad incondicional, la concibe como un supuesto de sobreseimiento anticipado, sin que a ello obste que la causa sea simple o compleja. Esta opción, sin duda alguna, es más razonable, puesto que si la libertad se dicta mediando prueba positiva de descargo que provoca certeza negativa en el juzgador, no hay razón para que no se sobresea el proceso, siendo irrazonable por lo demás diferenciar los efectos de la medida y la propia institución según se trata de un proceso complejo o de uno simple.

La diferencia que impone el nuevo Código, está radicada no sólo en que esta institución ya no configura un supuesto de excarcelación cautelar sino en el hecho de que su trámite exige vista fiscal y no impone la consulta, limitando a admitir expresamente el recurso de apelación.

## VI. LOS DELITOS INEXCARCELABLES

La legislación procesal progresivamente ha ido incorporando la figura de los denominados inexcarcelables, en los que las diferentes formas de excarcelación se prohiben automáticamente, por el solo hecho de tratarse de los delitos en cuestión. Así tenemos, por ejemplo, que el art. 2º de la Ley Nº 26630, de 21 de junio de 1996, y el art. 8º de la Ley Nº 26830, denominada "Ley de Seguridad y Tranquilidad Pública en Espectáculos Deportivos", que incluyen los delitos de secuestro, robo de ganado y los cometidos con ocasión de espectáculos deportivos prohiben la libertad provisional. Lo propio hacen los Decretos Legislativos sobre Seguridad Nacional dictados al amparo de la Ley de Facultades Delegadas Nº 26950, de 19 de mayo de 1998, así como la legislación de emergencia antiterrorista.

Esta legislación, sin duda alguna, colida con la Constitución y los principios que informan la limitación de la libertad personal. La detención o encarcelamiento preventivo se legitima, como hemos sostenido enfáticamente, sobre la base del "peligrosismo procesal" y, en esencia, sobre la regla del peligro de fuga y, en muy menor medida, por el peligro de oscurecimiento o entorpecimiento de la actividad probatoria. La naturaleza, el carácter o la gravedad de la infracción penal imputada no justifica por sí misma la limitación de la libertad personal.

Considerar, como lo hace la ley, que en función a determinados delitos debe encarcelarse a las personas y prohibirse su libertad durante

el procedimiento penal, implica –en *primer lugar*– invadir esferas propias del Poder Judicial a quien le corresponde definir los hechos en función a las pruebas y aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes; en *segundo lugar*, considerar que toda imputación por sí está escoltada de pruebas contundentes y que su autor es peligroso para el proceso, lo que no resiste el menor análisis; y, en *tercer lugar*, desconocer, pese a lo sostenido por la doctrina universal, que la gravedad del delito no es suficiente para dictar una detención o prohibir *per se* una excarcelación, pues a ello debe estar unido necesariamente criterios de *peligrosismo procesal* comúnmente aceptados y que el juez, caso por caso, debe evaluar. Tales medidas legislativas no sólo vulneran el principio de separación de poder y limitan irrazonablemente el derecho fundamental a la libertad, sino que adicionalmente desnaturalizan el principio constitucional de proporcionalidad, tal como lo hemos definido en su momento.

# Parte IX

## LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

# CAPÍTULO XL
# PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS

SUMARIO: **I.** Consideraciones generales. **II.** El procedimiento común–ordinario: 1. Ámbito de aplicación. 2. Características generales. 3. El Código de 1991. **III.** El procedimiento sumario o abreviado: 1. Ámbito de aplicación. 2. Características generales. 3. El Código de 1991. **IV.** El procedimiento por faltas: 1. Ámbito de aplicación. 2. Características generales. 3. El Código de 1991.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

En atención a la naturaleza de la infracción penal, la legislación procesal divide los procedimientos, desde una perspectiva general, en: **a)** procedimiento común, destinado a los delitos graves; **b)** procedimiento sumario o abreviado, para los delitos menos graves; y, **c)** procedimiento por faltas, circunscrito a las faltas. El primero y el último se encuentran regulados en el Código de 1940, mientras que el segundo, el sumario o abreviado, fue incorporado posteriormente por el Decreto Ley Nº 17110 y, luego, por el Decreto Legislativo Nº 124, modificado por la Ley Nº 26689.

El Código de 1991 reconoce estos tres procedimientos ordinarios, aunque adopta una denominación distinta. Para los delitos menos graves, está el procedimiento ordinario; para los delitos graves (Libros II y III), el procedimiento especial por razón de delito (Libro V, Título I); y, para las faltas, el procedimiento por faltas (Libro V, Título IV).

La clasificación adoptada, como explica MONTÓN REDONDO [1], está prevista, en principio, para todo tipo de hechos punibles, de ahí su calificación

---

[1] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 6a. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 479.

de *ordinarios*, y se determinan atendiendo a su naturaleza. Sin embargo, también existen *especialidades procedimentales* y *procedimientos especiales.*

Los *procedimientos con especialidades procedimentales* están estructurados sobre la base del procedimiento común, al que se le introducen particularidades en algunos aspectos del procedimiento, vinculadas esencialmente a la competencia del órgano jurisdiccional, a la promoción de la acción penal, a la intensidad de las medidas limitativas de derechos, al derecho probatorio y a la incorporación de determinadas instituciones procesales, considerándose como factores principales que justifican su incorporación: la condición de la persona a enjuiciar y el tipo de delito. Los *procedimientos especiales*, en cambio, están previstos para delitos muy concretos o circunstancias específicas de especial relevancia procesal, configurándose modelos de procedimiento muy propios, por entero alejados del modelo ordinario.

Los *procedimientos con especialidades procedimentales* que reconoce nuestro ordenamiento procesal vigente son siete: **a)** procedimiento contra altos dignatarios (Ley Nº 26231, art. 10º del Código de 1940 y art. 34º.4 del TUO de la LOPJ); **b)** procedimiento contra Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (art. 41º del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 3ª Disposición Final de la Ley Nº 26623); **c)** procedimiento contra reos ausentes (Libro IV, Título III); **d)** procedimiento por delito de tráfico ilícito de drogas (Decretos Leyes Nºs 22095 y 22926, y Decretos Legislativos Nºs 122 y 824; **e)** procedimiento por delitos fiscales, en sus dos modalidades: aduanero (Ley Nº 26461) y tributario (Decreto Legislativo Nº 813); **f)** procedimiento por delito de terrorismo 'clásico' (Decretos Leyes Nºs 25475 y 25916, así como Leyes Nºs 26248, 26671 y 26695); y, **g)** procedimiento por delito agravado (Decreto Legislativo Nº 897).

El Código de 1991 sólo reconoce dos procedimientos con especialidades procedimentales: a) procedimiento contra Altos Dignatarios; y b) procedimiento contra Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, agrupados en el Título I del Libro Quinto.

Los *procedimientos especiales* incorporados en el vigente ordenamiento procesal penal son: **a)** procedimiento por delito privado (Libro IV, Títulos I y II), que incluye la denominada sumaria investigación para delitos contra el honor a través de medios de comunicación social (Decreto Ley Nº 22633, art. 2º); **b)** procedimiento por colaboración eficaz,

destinado a determinados delitos funcionales en agravio del Estado, a delitos tributarios, de tráfico ilícito de drogas y delitos agravados (Decreto Ley Nº 25582 y Decretos Legislativos Nºs 815, 824 y 901); y, **c)** procedimiento de terminación anticipada, para los delitos menos graves de tráfico ilícito de drogas y delitos aduaneros (Leyes Nºs 26320 y 26461).

En puridad de verdad, el procedimiento de audiencia pública extraordinaria (Libro IV, Título XI) no es un procedimiento especial sino un simple procedimiento auxiliar, al igual que los procedimientos derivados de la Cooperación Judicial internacional. Ello es, afirma HERCE QUEMADA, así en tanto que falta una pretensión punitiva encaminada a la imposición de una pena en virtud de la comisión de un hecho punible, sino de medidas, que pueden integrar un concreto procedimiento, encaminadas a diversos fines: controlar la regularidad del procedimiento, obtener la presencia del imputado, realizar un acto de investigación o de prueba, etc. [2].

El Código de 1991 sólo prevé un procedimiento especial: el especial por razón de ejercicio privado de la acción penal. La audiencia pública extraordinaria (Libro V, Títulos II y VI) es un mero procedimiento auxiliar en la terminología de CLARIÁ OLMEDO. El Proyecto de 1995, además de los previstos en el párrafo anterior, reconoce el procedimiento por decreto penal de condena (Libro V, Título IV); igualmente, incorpora un conjunto de procedimientos auxiliares vinculados a la cooperación judicial internacional, previstos en el Libro Sexto denominado "Cooperación Judicial Internacional": extradición, asistencia judicial, diligencias en el exterior, traslado de condenados y entrega vigilada. En este último rubro, la legislación vigente tiene incorporada la extradición (Ley Nº 24710 y Decreto Supremo Nº 044–93–JUS) y, a través de tratados multilaterales o bilaterales, las demás instituciones.

Aparte, existen dos *procedimientos penales especiales*, al margen de la jurisdicción ordinaria: **a)** el procedimiento militar, regulado en el Código de Justicia Militar; y, **b)** el procedimiento tutelar contra adolescentes, previsto en el Código del Niño y del Adolescente.

---

[2] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 327–328.

## II. EL PROCEDIMIENTO COMÚN-ORDINARIO

### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El procedimiento común ordinario es el previsto para los delitos graves. Como se sabe, inicialmente el Código de 1940 contempló un único procedimiento ordinario para toda clase de delitos, destinando el procedimiento por faltas a las faltas o contravenciones, respetando de ese modo el sistema bipartito del Código Penal. Empero, la política de aceleración del procedimiento penal desde el año 1968 optó por la vía de crear un segundo procedimiento para los delitos, más simplificado y radicado en delitos de menor entidad, con lo que en la práctica convirtió nuestro sistema penal en tripartito: delitos graves, delitos menos graves y faltas, cada uno con un procedimiento–tipo [3].

Inicialmente, a través del Decreto Ley Nº 17110, de 8 de noviembre de 1968, el procedimiento común ordinario estaba destinado a todos los delitos, salvo siete. Posteriormente, la excepción se fue ampliando, primero, con el Decreto Legislativo Nº 124, de 12 de junio de 1981; luego con la Ley Nº 26147, de 30 de noviembre de 1996; y, finalmente, con la Ley Nº 26689, de 30 de noviembre de 1996, aclarada por la Ley Nº 26833, de 3 de julio de 1997. En consecuencia, el procedimiento que inicialmente fue concebido para la instrucción y enjuiciamiento de la práctica totalidad de delitos de ejercicio público de la acción penal, ahora se ha vuelto residual pasando a ocupar su lugar el procedimiento sumario o abreviado, previsto para aproximadamente el 85% de las figuras penales.

La Ley Nº 26689 determina taxativamente los delitos sometidos al procedimiento común o a la vía ordinaria. Se trata de siete rubros delictivos: **1.** Delitos contra la vida: parricidio y asesinato (arts. 107º y 108º CP). **2.** Delitos contra la libertad: secuestro y violación de menor (arts. 152º y 173º CP). **3.** Delitos contra el patrimonio: robo agravado (art. 189º CP). **4.** Delitos contra la salud pública: promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, receptación impropia en tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero en tráfico ilícito de drogas, siem-

[3] HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 325.

bra compulsiva y promoción o favorecimiento agravado al tráfico ilícito de drogas (arts. 296°, 296°–A, 296°–B, 296°–C y 297° CP). **5.** Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (consta de 20 figuras penales: arts. 325°–345° CP). **6.** Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional (consta de 6 figuras penales: arts. 346°–356° CP). **7.** Delitos contra la Administración Pública: concusión (consta de 4 figuras penales: arts. 382°–386° CP), peculado (consta de 5 figuras penales: arts. 387°–392° CP) y corrupción de funcionarios (consta de 10 figuras penales: arts. 393°–401° CP).

La Ley N° 26926, de 21 de febrero de 1998, ha incorporado un octavo rubro delictivo: los delitos contra la humanidad, que son los de genocidio, desaparición forzada y tortura. Su art. 5° estableció que dichos delitos se tramitan en la vía ordinaria y ante el fuero común.

Llama la atención que la Ley N° 26689 no haya reconocido expresamente dos delitos gravísimos ya incorporados en nuestra legislación penal: genocidio (art. 129° CP) y desaparición forzada de personas (art. 323° CP y Decreto Ley N° 25592, de 2 de julio de 1992). Felizmente, es de insistir, la Ley N° 26926 corrigió tal omisión configurando además un nuevo rubro en el Código Penal: el de "delitos contra la humanidad" (Título XIV–A del Libro Segundo), al que adscribió las dos figuras y agregó la de tortura.

Como quiera que los arts. 1° y 2° de dicha Ley N° 26689 sólo se refirieron a los delitos incorporados en el Código Penal, la Ley N° 26833 tuvo que precisar que los delitos previstos en las leyes especiales "... *continuarán rigiéndose conforme a las reglas que en ellas se establecen*", al igual que los delitos tributarios y aduaneros (arts. 1° y 2°). Empero, tal normatividad no se pronunció sobre los delitos creados por leyes especiales y, por tanto, no incorporados en el Código Penal, que no establecieron un procedimiento propio o no precisaron el procedimiento al que estaban sujetos, tales como: **a)** los delitos incorporados en la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859, de 1 de octubre de 1997, arts. 382°–393°); **b)** los delitos de caza, captura, sustracción o comercialización de vicuña, guanaco y sus híbridos (Ley N° 26496, de 11 de julio de 1995, arts. 6° y 7°); **c)** los delitos sobre importación, fabricación o comercialización de productos pirotécnicos (Ley N° 26509, de 21 de julio de 1995, arts. 1° y 2°); y **d)** los delitos de contumacia (Ley N° 26641, de 26 de junio de 1996, art. 2°).

La salida a esta falta de solución expresa pasa por reconocer dos principios, propios de lo que significa la naturaleza común del procedi-

miento base de nuestro sistema procesal penal vigente. El primer principio es el de *aplicación supletoria* para los demás procedimientos que debe cumplir este procedimiento, regulado como tal en los Libros II y III del Código de 1940; principio positivizado expresamente respecto de la etapa de instrucción o investigación en el art. 3º del D. Leg. Nº 124. El segundo principio, derivado del anterior, es el de la *vis atractiva* del mismo; al respecto, acota GIMENO SENDRA, en el supuesto de duda en la determinación del procedimiento aplicable o de colisión entre normas del procedimiento común y los demás, han de prevalecer las de éste, dada su *vis atractiva* dimanante de su carácter común [4]. Siendo así, en los tres supuestos típicos arriba mencionados, el procedimiento será el común u ordinario.

## 2. CARACTERÍSTICAS GENERALES

El procedimiento común, conforme se ha definido a lo largo de los capítulos anteriores, en su momento declarativo, tiene sus tres etapas bien definidas:

*A.* La *etapa de instrucción* está cargo del Juez Penal. En ella se realizan, bajo la dirección del Juez Penal y la colaboración del Fiscal Provincial, el conjunto de actos de investigación y se llevan a cabo lo esencial de las medidas limitativas de derechos; además, se determina la legitimación pasiva a través del auto de apertura de instrucción y se asegura a las personas y cosas vinculadas al delito, así como la responsabilidad económica derivada de la infracción penal.

*B.* La *etapa intermedia* se lleva a cabo ante el órgano sentenciador, esto es, ante la Sala Penal Superior, que es un órgano jurisdiccional colegiado integrado por tres Vocales Superiores. En ella interviene el Fiscal Superior, como representante del Ministerio Público. Esta etapa está determinada a establecer si existe fundamento suficiente para enjuiciar a una persona y, en su caso, si cabe archivar las actuaciones frente a la ausencia de elementos de convicción acerca de la existencia del delito o de la responsabilidad del imputado. Del auto de sobreseimiento (que declara no haber lugar a juicio oral), conoce en recurso de nulidad la Sala Penal de la Corte Suprema.

---

[4] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 717.

*C.* La *etapa de enjuiciamiento* se realiza, igualmente, ante la Sala Penal Superior. Está destinada a verificar las afirmaciones de las partes mediante la actividad probatoria y, en su virtud, a establecer finalmente si el imputado ha cometido un hecho calificado en la ley penal como delito, correspondiendo en su caso imponer las sanciones penales y reparación civil a que hubiere lugar. De la sentencia o del auto que da por retirada la acusación fiscal conoce en recurso de nulidad la Sala Penal de la Corte Suprema.

En rigor, todo el Código de 1940 se ha construido sobre la base de un único procedimiento común–ordinario, por lo que todo lo expuesto en esta obra ha tenido como marco estructural dicho procedimiento.

### 3. EL CÓDIGO DE 1991

Este Código, para los delitos graves, tiene asignado lo que denomina el "proceso especial por razón de delito", previsto en los arts. 373º–374º. El art. 373º fija el ámbito competencial del procedimiento común, aunque por la estructuración del Código, la calidad de "común" la tiene el procedimiento destinado a los delitos menos graves, quedando este procedimiento radicado bajo una óptica restrictiva en delitos taxativamente enumerados en el citado art. 373º.

En trece incisos se agrupan los delitos objeto de dicho procedimiento. Es de resaltar la doble óptica a la que se adscribe: por un lado, enumera taxativamente los ilícitos "ordinarios"; y, por otro, señala los delitos en función a una determinada pena: no menor de cinco años, en un caso, o de tres años de privación de libertad, en los otros casos. Esta última opción, sin embargo, dificulta la exactitud y objetividad que deben tener las reglas de la competencia penal, pues entre los delitos enumerados bajo esa perspectiva (incs. 11 al 13) existen muchos que tienen conminada una pena inferior en su extremo mínimo a los tres o cinco años, lo que obligaría a introducir un criterio subjetivo o prognosis que puede no ser la adecuada en su momento y crearía sensibles problemas competenciales. Por ello, la opción del Proyecto de 1995 es de mejor factura al atender a la extraordinaria gravedad del injusto penal y definirla objetivamente sobre la penalidad mínima de diez años o más de privación de libertad (art. 420º).

En este procedimiento la etapa de investigación está a cargo del Fiscal Provincial, que es el encargado de conducir dicha etapa (art. V del Título Preliminar), mientras que el control de la misma, la expedi-

ción de las resoluciones cautelares e instrumentales restrictivas de derechos y el dictado de las decisiones que se pronuncien sobre la acción penal y la correcta constitución de la relación procesal corresponde al Juez Penal (arts. 4º, 41º, 55º–57º, 114º, 115º y 374º). El Fiscal Provincial concluye la investigación emitiendo un informe dirigido al Fiscal Superior, con conocimiento del Juez Penal (art. 257º). La etapa intermedia es de competencia del Fiscal Superior y de la Sala Penal Superior, al igual que la etapa de enjuiciamiento, bajo el mismo modelo del procedimiento abreviado (arts. 258º y 268º).

## III. EL PROCEDIMIENTO SUMARIO O ABREVIADO

### 1. Ámbito de aplicación

El art. 2º de la Ley Nº 26689 establece un ámbito de competencia deducible negativamente. Están sujetos al procedimiento sumario todos los delitos previstos en el Código Penal que no se encuentran dentro de los taxativamente enumerados en el art. 1º de dicha Ley. Se entiende que este procedimiento, informado por el principio de aceleramiento, adopta formas procesales simplificadas, en tanto se trata de delitos menos graves; siendo así, la Corte Suprema ha declarado que es nulo todo lo actuado cuando se tramita un delito grave bajo el procedimiento sumario [5].

En tanto este procedimiento está destinado al conocimiento de los delitos menos graves, es decir, de la inmensa mayoría de infracciones penales, no se le puede calificar de procedimiento especial; representa el de más general aplicación, abarcando un aproximado del 85% de las causas penales que conocen los órganos jurisdiccionales.

En caso de *concurso procesal de delitos*, reza el art. 1º del Decreto Legislativo Nº 124, el procedimiento estará determinado por el designado para el delito más grave, lo que permite inferir que en la casi totalidad de los casos, cuando se presenta un concurso entre un delito sujeto al procedimiento común–ordinario y otro radicado en el procedimiento

[5] Ejecutoria suprema de 26 de agosto de 1981, Exp. Nº 1507–81, Apurímac (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. I, pp. 91–92).

sumario o abreviado, el procedimiento debe ser el común–ordinario por estar referido a los delitos graves (un lamentable error de la Ley Nº 26689 es no haber comprendido como delito "ordinario" el genocidio, felizmente superado ulteriormente por la Ley Nº 26926 que expresamente, en su art. 7º, lo incluyó en el ámbito común ordinario). Así lo tiene establecido la Corte Suprema en varias decisiones [6]. El supremo Tribunal, por ejemplo, ha señalado, bajo la misma lógica, que la situación procesal se define en atención a la mayor gravedad del delito y si éste fuera uno sujeto al procedimiento sumario, así el otro delito esté comprendido en el procedimiento ordinario, la causa se tramitará bajo el procedimiento sumario [7].

Este mismo principio es aceptado por el art. 28º del Código de 1991, cuando prescribe "*En caso de concurso de delitos sujetos a distintos trámites procesales, siendo uno ordinario y otro especial, el procedimiento se seguirá de acuerdo al que corresponde a este último*". Se entiende, en este caso, que el procedimiento especial por razón de delito, a la luz de lo dispuesto en el art. 373º, está radicado para los delitos graves.

Es de tener presente que una vez que se define el curso del procedimiento en los casos de concurso procesal de delitos, éste no puede cambiar al sobreseerse la causa respecto de uno de ellos. El supremo Tribunal comparte este criterio invocando el principio de unidad en la investigación y en el enjuiciamiento que rige al proceso hasta su culminación [8]. En la causa Nº 2868–97 [9], precisó –reiterando el citado principio de la unidad en la investigación y en el enjuiciamiento– que el procedimiento fijado de antemano de acuerdo a la regla del art. 1º del D. Leg. Nº 124 se seguirá "*aun cuando se declare prescrita la acción penal o se declare no haber mérito para pasar a juicio oral respecto del delito más grave*"

---

[6] Ejecutorias supremas de 16 de mayo de 1988, Exp. Nº 2–88, Ica (*Anales Judiciales*. T. LXXVI, Lima, 1988, p. 87; de 14 de enero de 1997, Exp. Nº 2878–95–B, La Libertad (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, IDEMSA, Lima, 1997, T. III, pp. 95–96); de 13 de enero de 1996, Exp. Nº 2634–95–B, Arequipa (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 145–146).

[7] Ejecutoria suprema de 28 de diciembre de 1988, Exp. Nº 849–87–IISP, Junín (*Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 174–175).

[8] Ejecutoria suprema de 7 de noviembre de 1990, Exp. Nº 12–90, La Libertad (*Normas Legales*, T. 205, junio, 1993, p. 490).

[9] Ejecutoria suprema de 30 de abril de 1998, Cañete.

## 2. CARACTERÍSTICAS GENERALES

### *A. Bases y fuentes normativas*

Como ya se dejó expuesto, el procedimiento sumario surgió en el año 1968 por el Decreto Ley Nº 17110 para superar la congestión de los procesos en las Salas Penales Superiores, trasladando la facultad de fallo a los propios jueces penales, quienes desde la perspectiva del sistema mixto sólo tenían atribuida la facultad de investigación a partir del Código de 1920 [10].

Tal vez la fuente más cercana de este procedimiento es el "Procedimiento de Urgencia para ciertos delitos" de España introducida por la Ley de 8 de abril de 1967, en el que –en uno de los dos procedimientos que instaura– el Juez de Instrucción instruye y falla; en el primer caso, a través de lo que se denominó "diligencias previas", que es una especie de instrucción sumaria abreviada; y, en el segundo caso, a través de un juicio oral realizado según las formas ordinarias, aunque con algunas modificaciones referidas al derecho probatorio y a la presencia o ausencia del acusado [11]. Luego, resulta inexacto referir la fuente a la Ley española de 8 de junio de 1957, como lo hace GARCÍA RADA [12], dado que dicha norma reconocía la diferencia funcional entre Juez de Instrucción y Audiencias Provinciales [13].

El procedimiento sumario o abreviado presenta sus características singulares en las etapas intermedia, de enjuiciamiento y de impugnación. Salvo la reducción del plazo de la fase de instrucción, no existe diferencia alguna entre la *instrucción ordinaria* y la *instrucción sumaria.* Tampoco se presentan diferencias en la etapa de ejecución.

### *B. La instrucción sumaria*

En cuanto a la *etapa de instrucción,* el art. 3º del Decreto Legislativo Nº 124 insistió en que se sujeta a las mismas reglas establecidas para el procedimiento ordinario, siendo su plazo de 60 días; plazo que puede

---

[10] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal,* EDDILI, Lima, 1984, p. 411.

[11] PRIETO–CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Derecho procesal penal,* Tecnos, Madrid, 1982, pp. 359–364.

[12] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal,* cit., p. 411.

[13] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal,* cit., p. 337.

prorrogarse por no más de 30 días adicionales, *"... a petición del Fiscal Provincial o cuando el Juez lo considere necesario..."*.

La etapa de instrucción concluye, como se sabe, al vencerse el término asignado por la ley o, antes, cuando se hayan acumulado los elementos suficientes para llenar el objeto de ella conforme al art. 72º del Código de 1940 o cuando se dé la circunstancia a que se refiere el art. 136º del mismo cuerpo de leyes (confesión corroborada), tal como lo dispone el art. 196º del citado Código, modificado por la Ley Nº 24388. En tal virtud, el Juez debe remitir la causa al Fiscal Provincial para que dictamine sobre su mérito (art. 197º).

El art. 11º del Decreto Ley Nº 17110 establecía que todas las cuestiones incidentales podrán ser planteadas hasta el momento en que sean remitidos los autos al Fiscal Provincial para dictamen; que la resolución de estas cuestiones será expedida conjuntamente con la sentencia, salvo la contienda de competencia que se resolverá previamente; que, asimismo, las excepciones de prescripción, amnistía y cosa juzgada podían ser deducidas y resueltas en cualquier estado del proceso. Sin embargo, esta norma no se reprodujo en el Decreto Legislativo Nº 124. En tal virtud, las cuestiones incidentales se rigen por lo dispuesto en el Código de 1940 para el procedimiento común ordinario. Empero, es de tener presente que si la fase de investigación culminó, obviamente las incidencias pendientes de resolver o las que se interpongan posteriormente, no sólo no requerirán cuaderno aparte sino que deberán resolverse conjuntamente con la sentencia, pues de otra forma se frustraría la esencia sumaria del procedimiento y se distorsionaría el principio de aceleramiento procesal que lo informa.

*C. La etapa intermedia*

Con la remisión de la causa al Ministerio Público se inicia la *etapa intermedia*, que en este procedimiento es de cargo del Juez Penal y no de la Sala Penal Superior. El art. 4º del Decreto Legislativo Nº 124 estipula que el Fiscal debe emitir "... *el pronunciamiento de ley*", sin ningún trámite previo, dentro de los diez días siguientes. La simplificación se hace de manifiesto en que se impone al fiscal que dictamine sin ningún trámite previo, es decir, sin que condicione el dictamen a diligencias preliminares o a actuaciones de diversa índole. Por otra parte, el "*pronunciamiento del Fiscal Provincial*" no consiste, como en el procedimiento ordinario, en opinar motivadamente sobre la existencia del delito y la responsabilidad o inocencia del inculpado (art. 198º), sino en solicitar el

sobreseimiento de la causa o en formular acusación, según entienda que existe mérito suficiente para archivar el proceso o para que se condene al imputado, dado que el momento declarativo debe culminar en el Juzgado Penal. En este sentido era más claro el art. 3º del Decreto Ley Nº 17110 que estipulaba que "*el Fiscal deberá opinar si están o no acreditados el delito y la responsabilidad del proceso. En caso afirmativo, indicará la disposición legal aplicable y pedirá las penas y la reparación civil correspondiente*".

Una vez emitido el dictamen fiscal, sea acusatorio o no acusatorio, el art. 5º del Decreto Legislativo Nº 124 prescribe que el Juez mediante decreto deberá poner los autos de manifiesto en Secretaría por el término de diez días, plazo común que tiene la defensa del acusado, del tercero civil y de la parte civil para que presenten los alegatos que correspondan.

Vencido el término de diez días, señala el art. 6º, primer párrafo, del citado Decreto Legislativo, el Juez Penal sin más trámite deberá pronunciar la resolución que corresponda en el término de quince días. Desde la perspectiva de los actos que conforman la etapa intermedia, dedicada a determinar si procede enjuiciar a una persona o no, es del caso efectuar las siguientes precisiones:

1. La frase "sin más trámite" impone al Juez Penal que decida sobre el objeto procesal con el solo mérito de los actuados sumariales, sin que le corresponda realizar diligencias suplementarias. Empero, ello no le impide resolver previa vista la causa e informe oral de los defensores, tal como lo preceptúa el art. 155º del TUO de la LOPJ, el cual reconoce como derecho de los defensores de informar oralmente o por escrito ante los jueces, antes de que se expida la sentencia.

2. Si el dictamen es no acusatorio, el Juez tiene tres alternativas: 1) Puede disponer el archivo del expediente, dictando técnicamente un auto de sobreseimiento. Así lo disponía con total claridad y expresamente el art. 5º del Decreto Ley Nº 17110. 2) Puede instar el procedimiento para forzar la acusación elevando los actuados al Fiscal Superior o, en su caso, disponer la concesión de un plazo ampliatorio, aplicando supletoriamente el art. 220º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388. Así lo ha establecido el Supremo Tribunal en Ejecutoria de 21 de agosto de 1985 [14]. Se entiende que si el Fiscal Superior concuerda

[14] Exp. Nº 1708-83-Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 252)

con el Fiscal Provincial, el Juez Penal está obligado a dictar auto de sobreseimiento.

**3.** En los casos de procedimientos complejos y de dictámenes mixtos, es decir, con extremos acusatorios y no acusatorios, la necesidad de respetar el *principio de preclusión de las etapas procesales*, de conformidad con el art. 221º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388, obliga en primer término a definir si es del caso sobreseer la causa respecto de algunos imputados por determinados delitos y, luego, firme que sea esa resolución, recién proceder a emitir sentencia. En consecuencia, en esos casos la decisión del proceso requiere dos resoluciones separadas: el auto de sobreseimiento y la sentencia; el primero se pronuncia respecto del extremo no acusatorio del dictamen y el segundo sobre el extremo acusatorio, absolviendo o condenando al o los imputados.

*D. La sentencia*

La nota diferencial más saltante del procedimiento sumario o abreviado es, sin duda alguna, la eliminación del juicio oral como etapa principal y necesaria del proceso penal. Este modelo, inequívocamente atípico, pues ni siquiera respetó la fuente española, que no se atrevió a eliminar el plenario, ni el modelo del Código de 1863, en que el mismo Juez del Crimen realizaba el Plenario, como es obvio, no tiene el menor sustento constitucional.

Este procedimiento no sólo lesiona el principio ya estudiado del "*juez no prevenido*", al encargar al mismo Juez la instrucción y la resolución de la causa, vulnerando de este modo la imparcialidad del Juez, sino que además niega las propias garantías del juicio público, del derecho a la defensa y de la igualdad de armas, con violación a los arts. 139.4 y 14, y 2º.2 de la Constitución, así como los principios derivados de dichas garantías, tales como los de contradicción, oralidad e inmediación.

Llama la atención que en España el procedimiento de urgencia, siempre cuestionado por sus procesalistas, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en Sentencia Nº 145/1988 de 12 de julio, inspirada en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982 – "*Caso Piersack*"– y de 26 de octubre de 1984 – "*Caso De Cubber*"– que aplicó el art. 6º.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos exigente de un Tribunal independiente e imparcial y proscribiendo, en la votación y fallo de un proceso penal

dentro de un órgano colegiado, la presencia de un magistrado que habrá ostentado la condición de instructor en la misma causa. En el Perú, sin embargo, nunca mereció una censura de la justicia ordinaria ni del Tribunal de Garantías Constitucionales, al punto que el legislador, el anterior y el actual, le ha dado carta de ciudadanía ampliando su ámbito a numerosos delitos con manifiesto olvido de las Constituciones de 1979 y 1993, que no sólo imponen la publicidad de los procesos como regla básica del enjuiciamiento penal sino que permite –en el primer caso– o encarga –en el segundo caso– al Ministerio Público la conducción de la etapa de investigación, a partir de la cual es posible un reordenamiento integral del sistema procesal para hacerlo más dinámico y célere.

El art. 6º, párrafos segundo y tercero, del Decreto Legislativo Nº 124, encarga al Juez Penal la emisión de la sentencia, obviamente sin previo juicio oral y público. Este acto procesal –la expedición de la sentencia–, sin embargo está sometido a un doble mecanismo: **a)** la lectura en audiencia o acto público, si la sentencia es condenatoria; y, **b)** la simple notificación, si la sentencia es absolutoria.

La aparente justificación de tan insólita diferencia, en el caso de una condena, sería respetar la garantía de publicidad de los procesos y evitar la condena en ausencia, intento por cierto insuficiente dado que la publicidad constitucionalmente garantizada se refiere al acto mismo del debate probatorio y no a uno de sus períodos finales, el cual por lo demás rechazaría que se opte por la publicidad según el contenido de la sentencia. En cuanto a la proscripción de la condena en ausencia, y para negarla, sólo bastaría tener presente que el imputado esté presente durante todas las incidencias del proceso; por lo demás, es de acotar que en el derecho comparado se pueden encontrar opciones jurídicas en mérito a las cuales no es necesaria la lectura de la sentencia como un paso final de la vista oral, bastando únicamente su notificación a las partes asistentes al juicio; de igual modo, el derecho comparado también reconoce de juicios orales, radicados en delitos menores, en los que ni siquiera es obligatoria la presencia del acusado para el acto de la vista.

En lo atinente a la sentencia condenatoria, desde la perspectiva del Decreto Legislativo Nº 124, tal como lo es en el procedimiento común–ordinario, el juez que la dicta es el mismo que debe dirigir la audiencia pública de lectura y, por tanto, la fecha de la sentencia corresponde a la fecha de su lectura. Así lo ha declarado el Supremo Tribunal en la Ejecu-

toria suprema de 6 de julio de 1992 [15]; la Ejecutoria suprema de 28 de octubre de 1988 [16] enfatizó que la lectura de sentencia y el acta deben ser realizadas en acto público y único No debe considerarse que existe una radical diferencia en el momento de la formación de la sentencia, entre la deliberación para llegar a la misma y su pronunciamiento y ulterior documentación, error en el que por ejemplo han incurrido los jueces de los Distritos Judiciales de Arequipa y Ayacucho. En efecto, la sentencia condenatoria es tal una vez que se pronuncia y ese acto –el pronunciamiento– sólo puede realizarse en audiencia pública. El momento de deliberación, que lleva a decidir si habrá o no condena, se expresa a través de su pronunciamiento y consiguiente lectura en un acto público, único modo permitido por la ley para que adquiere eficacia procesal.

Por lo demás, siendo la sentencia la resolución que tras un proceso resuelve sobre el objeto del proceso y estando dirigida toda la actividad probatoria al convencimiento del juez, resulta ilógico que un Juez lea una sentencia que ha deliberado o preparado otro Juez, situación que podría presentarse cuando este último juez ha sido promovido a un cargo superior o se apartó de la carrera judicial o se encuentre de licencia, de vacaciones, etc. A esta incoherencia llevaría la posición anterior, pues impone que necesariamente se incorpore al expediente, de uno u otro modo, una "sentencia condenatoria no leída", así como que luego el nuevo Juez tenga que corregir el fallo del Juez anterior cuando, por ejemplo, uno de los acusados no concurre a la diligencia de lectura de sentencia y sea del caso reservarle el proceso.

El alto Tribunal ha establecido que no sólo la sentencia debe tener la misma fecha de su lectura, sino que también debe comprender, si es el caso condenar, únicamente a los acusados que se encuentren presentes en dicho acto, no así a quienes no asistan al acto oral respecto de quienes debe reservarse el pronunciamiento [17].

La denominada "diligencia de lectura de sentencia" es un acto procesal formal, que exige la presencia del Fiscal Provincial, del acusado y

---

[15] Exp. Nº 552–91–B, Arequipa.

[16] Exp. Nº 812, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 293).

[17] Ejecutoria suprema de 13 de julio de 1988, Exp. Nº 72–87, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 264–266).

de su defensor, así como de la parte civil. La ley dice "citación", pero la práctica judicial ha entendido presencia física de las partes, sobre la base de lo que precisa el art. 7º del Decreto Legislativo Nº 124 que señala que la sentencia es apelable en el mismo acto de su lectura, lo que significa que dicha diligencia se cumple en presencia de las partes, a cuyo efecto se aplica supletoriamente el art. 210º del Código de 1940: el auto de citación para lectura de sentencia se dicta bajo apercibimiento de que el acusado sea declarado reo contumaz y de ordenarse su captura si tiene la condición de reo libre o de revocarse su libertad si goza de ese status procesal. Según lo señala la norma anteriormente invocada, la asistencia de las partes necesarias –Fiscal, acusado y su defensor– es imprescindible para que se produzca el acto público, bastando la mera notificación en forma para dicha diligencia a la parte civil y al tercero civil. El art. 2º del Decreto Legislativo Nº 125 que regula la institución de la contumacia, señala que no se puede expedir sentencia condenatoria contra los contumaces, lo que significa que entiende que la citación para sentencia importa la obligatoria presencia del imputado en su lectura.

*E. La etapa de impugnación*

El art. 7º del Decreto Legislativo Nº 124 reconoce un recurso ordinario contra la sentencia: el recurso de apelación. De igual manera reconoce que las demás resoluciones que ponen fin a la instancia también son recurribles en apelación. Se trata, en principio y de modo fundamental, del auto de sobreseimiento, así como los autos que declaran fundada una excepción, salvo la que ampara una excepción de naturaleza de juicio.

En el caso de la sentencia, el recurso de apelación se puede interponer en el acto mismo de su lectura o en el término de tres días. El procedimiento en este caso, en tanto se trata de un acto oral, es el mismo que prescriben los arts. 289º–290º del Código de 1940. El imputado puede interponer recurso de apelación en ese mismo acto luego de leída la sentencia o reservarse ese derecho hasta el tercero día siguiente de expedido el fallo, entendiéndose que los días son hábiles según el art. 141º del Código Procesal Civil. Semejante procedimiento se sigue respecto de todas las partes del proceso: el tercero civil y la parte civil (art. 290º del Código de 1990) no pueden impugnar en el acto de la vista oral, cuya presencia ni siquiera es obligatoria (como se sabe, los arts. 210º y 211º del Código de 140 sólo imponen la presencia obligatoria del im-

putado, su abogado y el fiscal). La apelación de dichas partes podrá producirse en el término de 3 días de producida la diligencia de lectura de sentencia, hayan estado o no presentes en dicha diligencia.

En cambio, las resoluciones que no son leídas en acto oral el plazo se cuenta desde el día siguiente de notificadas (art. 147º CPC), a partir del cual se cuentan tres días hábiles.

El *procedimiento recursal* exige, en todos los casos, la previa vista fiscal, que se producirá en el término de ocho días si hay reo en cárcel y de 20 días si no lo hay (art. 8º D. Leg. Nº 124). Emitida la vista fiscal corresponde resolver al Tribunal previa vista oral de la causa, en la que la defensa puede solicitar el uso de la palabra con arreglo a lo dispuesto en el art. 132º del TUO de la LOPJ. Antes de ello, la Sala Penal Superior puede optar por resolver la apelación por el pleno de sus miembros o por uno solo de ellos como tribunal unipersonal; decisión irrecurrible que tomará en cuenta dos circunstancias del caso: **a)** el número de procesados; y, **b)** la complejidad de la causa. El grado será absuelto en el plazo de 15 días de producida la vista.

El Tribunal revisor no está autorizado a desarrollar actividad probatoria, posibilidad que sólo le reconoce el Proyecto de Código de 1995, ni la vista fiscal requiere como paso necesario el previo traslado a las partes para que aleguen por escrito lo que estimen necesario a sus respectivas pretensiones. Sus poderes, supletoriamente, son los previstos en los arts. 298º a 301º del Código de 1940, tal como lo ha entendido el supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 13 de julio de 1988 [18].

Emitida la sentencia de segunda instancia, el art. 9º del Decreto Legislativo Nº 124 prescribe que no procede el recurso de nulidad, imposibilidad que obviamente se extiende a cualquier decisión que se dicte en el curso del procedimiento sumario [19]. No obstante ello, de conformidad con el art. 292º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, procede recurso de queja excepcional ante la Corte

---

[18] Exp. Nº 72–87, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 264–266).

[19] Ejecutorias supremas de 9 de setiembre de 1981 (*El Peruano*, Lima, 12 de octubre de 1981); de 9 de diciembre de 1988, Exp. Nª 35–88, Cuzco (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 294); y, de 1 de junio de 1984, Exp. Nº 580–83, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1982–1984, p. 847).

Suprema para que ésta disponga la concesión del recurso de nulidad cuando advierte una infracción a la Constitución o una grave violación de las normas sustantivas o procesales de la ley penal; recurso que el art. 3º de la Ley Nº 26689 lo radicó en las sentencias y otras resoluciones que ponen fin al proceso.

La Corte Suprema ha establecido, por otro lado, que en estos procedimientos las Salas Penales Superiores están legalmente facultadas, por ser Salas de última instancia, a declarar la nulidad de todo género de resoluciones, inclusive las suyas propias, cuando con ello se restablece el imperio de la ley y se enmiendan los errores de derechos [20]. Tan amplias facultades, sin embargo, no sólo no están previstas en la ley de modo expreso, sino que en todo caso merecen una doctrina jurisprudencial muy estricta y no con la amplitud que parece sugerir la Ejecutoria suprema citada, tanto más si ello puede afectar la seguridad jurídica al vulnerar la cosa juzgada y si las partes en el caso extremo tienen expedito el recurso de queja excepcional

### 3. El Código de 1991

El nuevo Código respeta el juicio oral como fase principal y necesaria del proceso penal. Por consiguiente, corresponde al Juez Penal dirigir las etapas intermedia y de enjuiciamiento, a la vez que controlar la actividad de investigación del Ministerio Público e intervenir en su desarrollo dictando determinadas resoluciones relacionadas con el correcto ejercicio de la acción penal y las medidas limitativas de derechos.

El procedimiento para delitos menos graves –llamado ordinario en el Código de 1991–, salvo la competencia funcional, no tiene diferencia alguna con el procedimiento ordinario. Culminada la etapa de investigación, de conformidad con los arts. 251º, 91º y 98º, el mismo Fiscal Provincial, según sea el caso, emitirá dictamen no acusando (art. 252º) o formulará acusación (art. 260º). Le corresponde al Juez Penal las funciones propias del control vinculadas a la etapa intermedia; si dicta auto de enjuiciamiento, le corresponde dirigir el juicio oral y emitir sentencia, absolutoria o condenatoria.

---

[20] Ejecutoria suprema de 15 de diciembre de 1992, Exp. Nº. Q–7–92–B, Lima (*Normas Legales*, T. 224, enero, 1995, pp. J34–J35).

Contra la sentencia del Juez Penal procede recurso de apelación superior. En segunda instancia no es posible la actuación probatoria ni la consiguiente celebración de audiencias orales para la tramitación de la prueba, situación que sí es posible en los marcos del Proyecto de 1995, que en este punto siguió el modelo del proceso abreviado español.

Es de destacar que el art. 307º del Código de 1991, siguiendo el modelo del recurso de nulidad del Código de 1940 (art. 301º *in fine*), insistió en disponer que en caso de sentencia absolutoria la instancia de apelación sólo puede revocarla y ordenar un nuevo enjuiciamiento. Este serio error de perspectiva, que desnaturaliza el recurso de apelación –tal como ya lo hemos demostrado en el capítulo sobre los recursos– ha sido corregido por el Proyecto de 1995 que no sólo prevé audiencia de pruebas en la instancia de apelación, sino que permite la condena al absuelto conforme inclusive al modelo del Código italiano. En el país, GARCÍA RADA se ha pronunciado expresamente por la viabilidad de que el Tribunal revisor pueda revocar un fallo absolutorio de primera instancia y condenar al absuelto [21], aunque el alto Tribunal ha optado por la tesis contraria invocando expresamente en vía analógica el art. 301º del Código de 1940 [22].

## IV. EL PROCEDIMIENTO POR FALTAS

### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El art. 11º del Código Penal se afilia, como ya se dejó expuesto, al sistema bipartido de infracciones penales al reconocer como tales a los delitos y las faltas. Podemos definir las faltas como simples injustos menores en relación con los delitos; no hay entre ambas diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales, pero como quiera que las faltas importan sanciones más leves y están referidas a vulneraciones a bienes jurídicos de menor intensidad, es del caso –siguiendo a ZÜRCHER– tratarlas distintamente en función a la simple diferencia cuantitativa que existen entre ellas [23].

---

[21] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 422.

[22] Ejecutoria suprema de 31 de mayo de 1988, Exp. Nº 541–86, La libertad (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 256–258).

[23] Citado por HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 326.

Desde esta última perspectiva, el art. 440º del Código Penal, *primero*, impone a las faltas el mismo régimen jurídico–penal impuesto a los delitos; y, *segundo*, desde el derecho material reconoce cinco excepciones puntuales: **a)** sólo se reprimen si están consumadas, es decir, no acepta el tipo de imperfecta realización; **b)** sólo responde el autor, por lo que rechaza los tipos de participación (complicidad e instigación); **c)** sólo reconoce para su represión dos clases de pena, de las cuatro que incorpora el art. 28º del Código Penal: restrictivas –en rigor limitativas (art. 31º CP)– de derechos, tales como la prestación de servicios comunitarios, limitación de días libres e inhabilitación y multa; **d)** que la multa no será menor de diez días–multa ni mayor de 180 días–multa; y, **e)** que la acción penal prescribe a los seis meses y la pena al año.

Una característica adicional es reconocida en el art. 325º, tercer párrafo, del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126: si bien las faltas están sometidas a persecución pública (ninguna de ellas está sujeta en lo específico a persecución privada, siendo un caso contradictorio el de las faltas contra la persona por negligencia, puesto que el delito de lesiones leves culposas es considerado por la ley como un delito privado), es posible el desistimiento de la acción por el agraviado en cualquier estado de la causa, lo que equivale a conceder a la víctima cierto poder dispositivo sobre la persecución y enmarcar estas figuras, en lo pertinente, en lo dispuesto en el inc. 3 del art. 78º del Código Penal.

Las faltas están agrupadas en cinco rubros dentro del Libro Tercero del Código Penal: **1.** Faltas contra la persona (Título II, arts. 441º–443º). **2.** Faltas contra el patrimonio (Título III, arts. 444º–448º). **3.** Faltas contra las buenas costumbres (Título IV, arts. 449º–450º). **4.** Faltas contra la seguridad pública (Título V, art. 451º). **5.** Faltas contra la tranquilidad pública (Título VI, art. 452º).

El TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce la competencia objetiva para conocer de las faltas a los Jueces de Paz Letrados (art. 57º), encargándole específicamente la expedición de la sentencia de primer grado. Asimismo, dentro de la estructura judicial tiene un reconocimiento constitucional y legal otro tipo de juez, no integrante de la carrera judicial: el Juez de Paz (art. 152º Const. y numeral 61º del TUO de la LOPJ), a quien se le puede encargar el conocimiento de los procesos que la ley prevea. Desde esta última perspectiva, el art. 324º del Código de 1940 señaló enfáticamente que corresponde a los

jueces de paz, Letrados y No Letrados, instruir los procesos por faltas; alcance que fue reordenado por el inc. 6 del art. 440º del Código Penal de 1991 al establecer que los jueces de paz, Letrados y No Letrados, realizan el juzgamiento de las faltas, mientras que su investigación corresponde a la Policía.

## 2. CARACTERÍSTICAS GENERALES

El art. 325º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24965, de 20 de diciembre de 1988, señala inexplicablemente dos tipos de trámites según se trate de Jueces de Paz Letrados o de Jueces de Paz (denominados "No Letrados" con anterioridad a la LOPJ). Lo inexplicable de semejante opción legislativa estriba en que el procedimiento varía no según la entidad o naturaleza de la infracción, sino en atención al rango del juez, lo que no tiene fundamento jurídico alguno. No obstante ello, se tiende que la ley persigue, aunque vanamente en el caso de los Jueces de Paz Letrados, la configuración de un procedimiento precedido por el principio de celeridad y trámites simplificados al extremo.

Independientemente del trámite asignado, en cualquier estado de la causa, el denunciante o agraviado puede desistirse de la acción, con lo que dará por fenecido el proceso. Asimismo, cualquiera que sea el Juez competente, el Ministerio Público no interviene en la persecución de las faltas, lo que pone sobre el tapete de la discusión la vigencia del principio acusatorio y, por tanto, la constitucionalidad del procedimiento en cuestión al amparo de la garantía genérica del *debido proceso* (art. 139º.3 Const.). Dicho principio exige –al decir de ESCUSOL BARRA– la acusación previa para que una persona pueda ser condenada, la que no puede ser sustituida por actividad judicial en ningún caso [24]. Como se requiere necesaria una parte actora, función que no puede cumplir el juzgador, y no siendo admisible la acusación implícita, en tanto no se inste la sanción del imputado, no es posible que se emita sentencia; por consiguiente, su ausencia determinará irremediablemente el sobreseimiento inmediato de la causa.

[24] ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 659.

*A. Procedimiento ante el Juez de Paz Letrado*

En el caso de los Jueces de Paz Letrados, el procedimiento por faltas se sujeta, en lo pertinente, a las reglas establecidas para el procedimiento sumario o abreviado. Para estos efectos, el término de la investigación no podrá exceder de 30 días, salvo prórroga excepcional de 15 días adicionales.

La sentencia que emita el Juez de Paz Letrado es apelable ante el Juez Penal, cuya decisión es inimpugnable.

Desde el ángulo del principio acusatorio, ¿cómo entender un procedimiento penal sin participación del Fiscal, tanto más si el procedimiento sumario o abreviado presupone su intervención? Como ya se dejó expuesto, resulta imprescindible que alguien inste la sanción del imputado, por lo que la acusación será reemplazada –siguiendo el modelo hispano– por la denuncia, siempre que el denunciante sostenga la pretensión al darse por precluida la fase de instrucción.

Sin duda el art. 235º, primer párrafo, del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24965, al disponer que las faltas se tramiten siguiendo los ritos del procedimiento sumario, no guarda concordancia con el art. 440º.6 del Código Penal que encarga a la policía la investigación de las mismas e instituye un modelo de procedimiento de carácter público y oral, ausente de las fases sumarial e intermedia. Frente a esta discordancia normativa, lo adecuado sería modificar el procedimiento por faltas a cargo del Juez de Paz Letrado para amoldarlo al seguido ante el Juez de Paz No Letrado, con las correcciones propias exigidas por el principio acusatorio.

*B. Procedimiento ante el Juez de Paz No Letrado*

En el caso de los Jueces de Paz No Letrados el procedimiento es fundamentalmente oral, sin etapa de instrucción judicial propiamente dicha ni etapa intermedia. Aquí rige plenamente lo dispuesto en el art. 440º.6 del Código Penal, que radica el enjuiciamiento en los jueces de paz, mientras que encarga a la Policía la investigación de las faltas. Por consiguiente, el Atestado Policial está sujeto a una previa calificación judicial, obviamente en los marcos de lo dispuesto en el art. 77º del Código de 1940. Si no se cumplen los tres requisitos establecidos en dicha norma, el Juez dictará resolución de inadmisión, archivando definitivamente lo actuado; en cambio, si se cumplen los requisitos mínimos: que el hecho constituye delito, que se ha individualizado a su pre-

sunto autor y que la acción penal no ha prescrito, el Juez de Paz dictará el correspondiente auto admisorio y señalará día y hora para la audiencia pública. En ella, como señala GÓMEZ DE LIAÑO, se formulan las pretensiones, se practican las pruebas y se dicta la correspondiente sentencia [25].

En rigor, si bien no existe un acto de imputación, aprobado judicialmente, el juicio o audiencia puede iniciarse solamente si es que existe una previa investigación policial, que determine la viabilidad de los cargos y, por tanto, denote la existencia de una imputación previamente investigada. En este caso, cumpliendo el principio acusatorio, sólo si existe una denuncia podrá abrirse juicio y ese acto es llenado por el Atestado Policial y, en su caso, sea cual fuere la conclusión policial, por la denuncia del propio denunciante. De este modo, aun cuando no comparezca el agraviado, el juicio tendría sentido, sólo si existe un atestado policial con conclusiones incriminatorias.

La resolución que ordena la realización de una audiencia pública judicial, como es obvio, ordenará la citación de los testigos y peritos que resulten indispensables para el debido esclarecimiento de los hechos, sin perjuicio de aceptar las pruebas que ofrezcan el imputado y el agraviado constituido en parte civil, en tanto resulten pertinentes.

La audiencia del procedimiento por faltas no podrá exceder de tres sesiones, admitiéndose sólo las excepciones fundadas en causas de fuerza mayor. Es obvio que el trámite de la audiencia es compatible, en lo pertinente, con las disposiciones del juicio oral del procedimiento común–ordinario. Instalada la audiencia, el Juez indicará al imputado los cargos que fluyen del Atestado Policial y, en su caso, de la denuncia del agraviado. Acto seguido se inicia el *Período probatorio*, procediéndose al interrogatorio del imputado tanto por el juez cuanto por las partes que asistan; a continuación se examinará a los testigos y peritos, y finalmente se oralizará la prueba instrumental. En el *Período decisorio* se escuchará a la defensa de la parte civil y del imputado, así como la autodefensa de este último, luego de lo cual el Juez, previa suspensión de la audiencia, que a lo más podrá postergarse por no más de 24 horas, dictará sentencia bajo pena de nulidad, siempre en audiencia pública. Este fallo es apelable ante el Juez de Paz Letrado, cuya decisión es inimpugnable.

---

[25] GÓMEZ DE LIAÑO GONZALES, Fernando: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1996, p. 281.

*C. Procedimiento recursal*

En ambos casos, el procedimiento recursal es el mismo. El Juez Revisor resuelve por el solo mérito de los expedientes recibidos. El término para resolver es de cinco días. Se trata, en suma, de un procedimiento de doble instancia, simple y rápido, lo que se justifica por la escasa gravedad de este tipo de infracciones.

Es importante tener presente que si bien en esta etapa no existe un momento probatorio, ello no significa que se absuelva el grado sin un mínimo de contradictorio. Por tanto, es de rigor tener presente que el Juez Revisor debe poner los autos a disposición de las partes para que formulen sus alegatos y permitir, cuando así se solicite, el uso de la palabra de los abogados de las partes (art. 155º TUO de la LOPJ).

3. EL CÓDIGO DE 1991

El Título IV del Libro Quinto del Código de 1991 regula el procedimiento por faltas. Funcionalmente, la competencia alcanza tanto al Juez de Paz Letrado como al Juez de Paz No Letrado. Para ambas judicaturas el procedimiento es el mismo.

El art. 386º reconoce que el procedimiento por faltas, a diferencia del Código Penal, tiene dos etapas: instrucción y enjuiciamiento, pero limita la instrucción a la recepción de la denuncia, escrita u oral, del agraviado y a la declaración o instructiva del imputado, dentro de tercer día de notificado. Acto seguido, y automáticamente, se pasa a la etapa del juicio oral y público, aunque muy simplificado. La simplificación del juicio consiste en el interrogatorio del imputado y del agraviado, de suerte que si el primero confiesa, y no hace faltan otras diligencias probatorias, se dicta sentencia inmediatamente. En caso contrario, se actuarán las pruebas que correspondan, dictándose la sentencia correspondiente en el término de un día.

Es obvio, en atención a los principios que informan el proceso penal, que la audiencia oral consta, necesariamente, de tres períodos: *1) inicial*, que exige la intimación previa de los cargos, los mismos que deben preexistir al juicio, y puede culminar con una sentencia inmediata si es que el imputado admite los cargos; *2) probatorio*, que se produce en la medida en que el imputado rechaza los cargos, para lo cual el auto de citación a juicio tomará en cuenta las pruebas ofrecidas por las partes; y, *3) decisorio*, que importa los informes orales de las partes y la autodefensa, así como la deliberación y expedición de la sentencia.

El recurso de apelación elemental, para las sentencias emitidas por el Juez de Paz Letrado y no Letrado, es conocido por el Juez Penal, quien resuelve por el solo mérito de lo actuado. El art. 390º expresamente reconoce que el procedimiento recursal requiere del escrito de alegatos, lo que no niega la posibilidad de informe oral. Contra la sentencia de segunda instancia, no procede recurso alguno.

El art. 391º prescribe, siguiendo el modelo del Código de 1940, que el denunciante puede desistirse o transigir, con lo que se dará por fenecido el proceso.

# CAPÍTULO XLI
# LAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

SUMARIO: **I.** Aspectos generales. **II.** El procedimiento contra Altos Dignatarios: 1. Introducción. 2. El antejuicio o acusación constitucional. 3. Competencia y procedimiento. 4. Otros aspectos de la inmunidad en la Constitución. 5. El Código de 1991. **III.** El procedimiento contra magistrados: 1. La promoción de la acción penal. 2. Competencia y procedimiento. 3. El Código de 1991. **IV.** El procedimiento por delito de tráfico ilícito de drogas: 1. Aspectos generales. 2. La investigación policial. 3. Técnicas especiales de investigación. 4. Medidas limitativas de derechos. 4. El tratamiento de la fármaco dependencia del imputado. 5. La competencia judicial. **V.** El procedimiento por delitos fiscales: 1. Aspectos generales. 2. Disposiciones comunes. 3. El procedimiento penal tributario. 4. El procedimiento penal aduanero. 5. Las modificaciones procesales de la Ley Nº 27038. **VI.** El procedimiento por delito de terrorismo Clásico: 1. Aspectos generales. 2. La investigación policial. 3. Reglas especiales en materia de instrucción y enjuiciamiento. **VII.** El procedimiento por delitos agravados: 1. Aspectos generales. 2. Competencia. 3. La investigación policial. 4. La investigación, enjuiciamiento y fase recursal. **VIII.** El procedimiento contra reos ausentes: 1. Aspectos generales. 2. Reglas especiales para el ausente y el contumaz.

## I. ASPECTOS GENERALES

Las especialidades procedimentales, como ya se dejó expuesto, se estructuran sobre la base del procedimiento común–ordinario. Se organizan en dos grandes rubros: **1.** *Especialidades procedimentales por razón de las personas*: a) procedimiento contra altos dignatarios; y, b) procedimiento contra magistrados. **2.** *Especialidades procedimentales por razón de la materia*, que están en relación con determinados delitos: a) tráfico ilícito de drogas; b) fiscales: tributarios y aduaneros; c) terrorismo clásico; y, d) delitos agravados. Otra especialidad procedimental está relacionada con el procedimiento contra reos ausentes.

En rigor, como apunta MONTÓN REDONDO, no nos encontramos ante procedimientos distintos a los ordinarios, sino con un conjunto de particularidades en la forma de iniciarse la actividad procesal; el procedimiento preliminar o las medidas cautelares, pero no al procedimiento en sí, que se desarrollará conforme a las reglas generales vistas en su momento [26].

## II. EL PROCEDIMIENTO CONTRA ALTOS DIGNATARIOS

### 1. INTRODUCCIÓN

El art. 99º de la Constitución reconoce, en tanto *condición de procedibilidad*, esto es, como requisito que ha de concurrir para que pueda perseguirse judicialmente al autor de un delito, un supuesto de *inmunidad* para los siguientes Altos Dignatarios: **a)** Presidente de la República; **b)** representantes al Congreso; **c)** Ministros de Estado; **d)** miembros del Tribunal Constitucional; **e)** miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; **f)** vocales de la Corte Suprema; **g)** fiscales Supremos; **h)** Defensor del Pueblo; e, **i)** Contralor General. Esta inmunidad, en lo que nos ocupa, abarca la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas. Con esta finalidad impone, con carácter previo al procedimiento judicial, el procedimiento parlamentario de *antejuicio o acusación constitucional*. Se trata, como apunta MONTERO AROCA, de tutelas judiciales privilegiadas [27].

Es de tener presente que la inmunidad es temporal –se mantiene durante el ejercicio del cargo y hasta cinco años después de su cese, pero siempre por delitos funcionales– y que exige como garantía política adicional, a la luz del art. 100º de la Constitución, la necesidad de una autorización que otorga el Congreso para el procesamiento penal del Alto Dignatario.

La regulación del procedimiento político de antejuicio o acusación constitucional correspondió, en un primer momento –durante la vigen-

---

[26] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1997, p. 514.

[27] MONTERO AROCA, Juan: «Los privilegios en el proceso penal», en: AA.VV.: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, p. 108.

cia del denominado "Congreso Constituyente Democrático"–, a las Leyes Nº 26231, de 6 de octubre de 1993, y 26331, de 30 de julio de 1994; y, en un segundo momento, con la vigencia de la actual Constitución, al Reglamento del Congreso, cuyo Texto Único Ordenado fue publicado el 30 de junio de 1998.

## 2. EL ANTEJUICIO O ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

Según lo prescrito en el art. 89º del TUO del Reglamento del Congreso, la denominada "denuncia constitucional" puede ser interpuesta por cualquier Congresista o por la persona que se considere directamente agraviada por el delito que se impute al Alto Dignatario; por consiguiente, no cabe acción popular. La denuncia se presenta por escrito, debe ser fundada y debe acompañarse con la prueba instrumental pertinente o la indicación del lugar donde se encuentra. La ausencia de estos requisitos determina la declaración de improcedencia de la denuncia.

Las solicitudes presentadas por las personas directamente agraviadas son puestas, por siete días naturales, a conocimiento de los Congresistas y se lee de ella una breve sumilla en la siguiente sesión del Pleno o de la Comisión Permanente. Si ningún congresista la hace suya se remite a la Comisión Permanente Calificadora, a quien corresponde su calificación desde el punto de vista de los requisitos de procedibilidad: que no adolezca de un defecto de forma, según lo expuesto en el párrafo anterior; que el agraviado sea persona capaz o esté debidamente representado; que el denunciante sea directamente responsable por los hechos denunciados; que los hechos constituyan delito y que se dirijan contra los Altos Dignatarios fijados en el art. 99º de la Constitución. Sólo si las denuncias presentadas por los directamente agraviados son declaradas procedentes por la Comisión Especial, así como todas las denuncias presentadas o hechas suyas por un Congresista, serán remitidas a la Comisión Permanente del Congreso, la cual nombrará en su seno una Subcomisión y a su Presidente.

La indicada Subcomisión debe realizar un trámite preliminar en el caso de que la denuncia constitucional haya sido presentada o hecha suya por un Congresista: evaluará si los hechos denunciados constituyen presunto delito o infracción constitucional. De no cumplir con este requisito, se elaborará un informe proponiendo el archivo de la denuncia. La Subcomisión tiene el encargo de realizar las investigaciones pertinentes y presentar su informe a la Comisión Permanente.

La Subcomisión, en *primer lugar*, debe poner en conocimiento de sus miembros el tenor de la denuncia, para que en el plazo de cinco días formulen sus preguntas, cuyo pliego debe ponerse en conocimiento del denunciante y del denunciado; en *segundo lugar*, debe correr traslado a estos últimos por el plazo de diez días útiles para que formulen su descargo por escrito y ofrezcan las pruebas que consideren necesarias; en *tercer lugar*, recibidos los descargos y puestos en conocimiento de los miembros de la Subcomisión, se procederá a evaluar si procede la actuación de pruebas, tanto de las pedidas por denunciante y denunciado, como de las pedidas por los miembros de la propia Subcomisión; en *cuarto lugar*, aceptada las pruebas ofrecidas, éstas se actuarán en una Audiencia, que será privada si se imputa la comisión de un delito, a menos que el denunciado acepte la publicidad de la misma; en *quinto lugar*, a la actuación de pruebas, sigue los informes o alegatos del denunciante y denunciado, finalizando la misma con el interrogatorio al denunciado y al denunciante, a cuyo vencimiento corresponderá la emisión del informe final correspondiente, que será remitido a la Comisión Permanente.

La Comisión Permanente decidirá inmediatamente, sin debate, si el informe de la Subcomisión es por la absolución de cargos. En cambio si es por la acusación, se votará previo debate. Sólo en el caso de que la votación de la Comisión Permanente sea por la aprobación del informe acusatorio, se nombra una Subcomisión acusadora, a efecto de que sustente el informe y formule acusación en su nombre ante el Pleno del Congreso.

El Pleno del Congreso, luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional, previo debate, decide pronunciándose si hay o no lugar a formación de causa a consecuencia de la acusación. Si se vota porque haya lugar a la formación de causa, acusado automáticamente queda en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley. Este acuerdo, inclusive el denegatorio, debe constar en la Resolución del Congreso.

Durante todo el procedimiento de acusación constitucional, precisa el último párrafo del art. 89º del TUO del Reglamento del Congreso, el denunciado puede ser asistido o representado por abogado.

Es de acotar que la inmunidad en análisis tiene como finalidad esencial proteger a los Altos Dignatarios de quienes, por móviles políticos, intenten utilizarlo como medio para impedirles asistir a sus actividades, alterando la composición o el funcionamiento del órgano constitucio-

nal al que pertenecen. Por tanto, como aclara MONTÓN REDONDO, esto supone que lo que no puede hacer el Congreso es denegar la resolución acusatoria contra un Alto Dignatario intentando justificar su conducta, si pudiera tipificarse como presuntamente punible y no produjera, por sí, las referidas alteraciones políticas [28].

Tradicionalmente se ha venido sosteniendo –y es moneda corriente en el Perú– que la denegación de autorización para imputar es un acto de voluntad política que el Congreso ha de realizar atendiendo a criterios de oportunidad y que, por lo mismo, ese acto no podía ser controlado jurídicamente, no siéndole aplicable la doctrina sobre la arbitrariedad de los actos administrativos. Esta conclusión, apunta MONTERO AROCA, ha sido desechada expresamente, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia Nº 90/1985, de 22 de julio, con la que se debe estar de acuerdo, por cuanto la denegación del procesamiento puede impedir la tutela judicial efectiva si no se ejerce conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad persigue, por lo que corresponde a la jurisdicción constitucional controlar si el juicio de oportunidad utilizada por el Congreso se ha producido en términos razonables o argumentales [29].

### 3. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

Según el art. 17º del Código de 1940, en concordancia con el art. 34° del TUO de la LOPJ, corresponde a las Salas Penales de la Corte Suprema la investigación y enjuiciamiento de los delitos que se imputan contra los Altos Dignatarios comprendidos en el art. 90° de la Constitución, que por lo demás no comprenden a los Vice–Ministros [30].

En tal virtud, una de las Salas Penales de la Corte Suprema designa como Vocal Instructor al Vocal menos antiguo, constituyéndose los otros tres Vocales Supremos en Sala Penal Especial. Otra Sala Penal será la encargada de conocer el recurso de nulidad.

---

[28] En: MONTERO AROCA *et. al.: Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1997, p. 516.

[29] MONTERO AROCA: «Los privilegios en el proceso penal», cit., pp. 117–118.

[30] Ejecutoria suprema de 31 de enero de 1992, Exp. N° 9–92, La Libertad (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996,* Legrima, Lima, 1997, p. 321).

En cuanto a la promoción de la acción penal, se entiende que el Ministerio Público no puede proceder a menos que el Congreso dicte la correspondiente resolución acusatoria de carácter penal, previo procedimiento parlamentario de antejuicio o acusación constitucional. Si la Fiscalía, o cualquier autoridad, en el ejercicio de sus funciones encuentra indicios de participación delictiva funcional de un Alto Dignatario deberá poner el hecho en conocimiento de la Comisión Permanente del Congreso para que proceda conforme a sus atribuciones.

El tercer párrafo del art. 100º de la Constitución prescribe que la resolución acusatoria de contenido penal es remitida al Fiscal de la Nación, quien por el solo mérito de los actuados parlamentarios, que se le remitirán anexos a la indicada resolución parlamentaria, debe formular denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. Igualmente, una vez que la Sala Penal Suprema ha designado al Vocal Instructor, éste deberá abrir instrucción obligatoriamente. En el procedimiento judicial deben intervenir, igualmente, Fiscales Supremos, tanto en la etapa de instrucción, cuanto en la intermedia y en el enjuiciamiento, así como en el recurso de nulidad.

El último párrafo del art. 100º de la Constitución precisa que "*Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso*". De esta norma se derivan dos conclusiones: la *primera*, que la resolución acusatoria del Congreso es vinculante al Ministerio Público y al Poder Judicial (el Juez no podrá dejar de abrir instrucción y sólo puede hacerlo por los delitos o hechos punibles objeto de imputación); y, la *segunda*, que la posibilidad de comprender un nuevo delito en el curso del proceso, está condicionada a la expresa autorización parlamentaria.

La causa se sigue, como ya se dejó expuesto, bajo el trámite del procedimiento común–ordinario, pero a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Este procedimiento puede comprender inclusive, en caso de existir concurso de personas, a individuos no aforados, en virtud de la unidad de investigación [31]. La sentencia absolutoria devuelve al acusado sus derechos políticos, es decir, deja sin efecto, de pleno derecho, la suspensión para el ejercicio del cargo, la inhabilitación hasta por diez

[31] Ejecutoria suprema de 3 febrero de 1982, Exp. Nº 12–81, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 59–61).

años y la destitución, si es que la resolución acusatoria también haya importado la imposición de dichas sanciones políticas.

4. OTROS ASPECTOS DE LA INMUNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Existen dos grupos de especialidades, según se trate del Presidente de la República, de un lado, y de los Congresistas y del Defensor del Pueblo, de otro. En el caso del Presidente de la República, como se sabe y merced a lo dispuesto en el art. 117º de la Constitución, sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria, por impedir las acciones, por disolver el Congreso ilegalmente, por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del Sistema Electoral. Otra posibilidad es que el Congreso, ante la comisión de un delito común o un delito funcional especialmente grave, lo declare incapaz moralmente para ejercer el cargo y, por ende, sancione la vacancia de la Presidencia de la República de conformidad con lo dispuesto en el art. 113º.2 de la Constitución [32].

Los Congresistas y el Defensor del Pueblo tienen otra clase de inmunidad, que es el *aforamiento*, el mismo que está vinculado a la comisión de delitos comunes. *Ello significa que la prerrogativa de la inmunidad consta tanto del antejuicio como de dos privilegios añadidos: no pueden ser detenidos y no pueden ser sometidos a proceso sin previa autorización del Congreso.* El art. 93º *in fine* señala que los Congresistas y –por extensión del art. 161º de la Constitución– el Defensor del Pueblo no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento, es decir, proceda al *desafuero.*

El art. 16º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso precisa, *en primer lugar,* que esta inmunidad está radicada a las persecuciones penales; *en segundo lugar,* que la petición para que se levante la inmunidad y se autorice el procesamiento penal, sólo puede ser formulada por la Corte Suprema de Justicia, cuya solicitud debe ir acompañada de copia auténtica del expediente judicial, conteniendo todos los

[32] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general,* cit., pp. 308–309.

actuados en la investigación policial, fiscal o judicial respecto del o de los supuestos delitos objeto de imputación; *en tercer lugar*, que corresponde a la Comisión Calificadora del Congreso citar al dignatario aludido para que ejerza personalmente su derecho de defensa, pudiendo ser asistido por un abogado defensor; *en cuarto lugar*, la Comisión Calificadora, con el solo mérito de los actuados y la declaración del requerido, evaluará si la petición tiene motivación estrictamente legal y no de índole política, racial, religiosa u otras, dictaminando en el plazo máximo de 30 días naturales; *en quinto lugar*, que corresponde al Pleno del Congreso evaluar, debatir, rechazar o aprobar el dictamen de la Comisión Calificadora, a cuyo efecto en una sesión escucha y debate el dictamen y la defensa, que tiene hasta 60 minutos para informar en el Pleno; y, *en sexto lugar*, que sobre esa base el Pleno decide el levantamiento del fuero, para lo cual se requiere la mitad más uno del número legal de Congresistas.

En este caso, ha sancionado el Alto Tribunal, el delito común objeto del desafuero y de la correspondiente promoción de la acción penal se tramita ante el Juzgado Penal en la vía ordinaria que corresponda y no ante la Corte Suprema [33].

## 5. El Código de 1991

El art. 375º.1 del Código de 1991 regula el procedimiento contra los Altos Dignatarios. Da por sentado el privilegio del antejuicio o acusación constitucional y, sobre esa base, encarga a la Corte Suprema la tramitación del proceso penal.

Precisa que la investigación la realizará el Fiscal Supremo que corresponda; que la jurisdicción preventiva la asumirá el Vocal Supremo menos antiguo, el enjuiciamiento lo hará la Sala Penal Suprema. La apelación será resuelta por la Sala en lo Contencioso–Administrativo. Sin duda alguna este reparto competencial funcional no guarda armonía con la actual organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, al existir –en el primer caso– una Sala Penal Permanente y dos Provisionales, lo que obligaría a radicar la competencia sólo entre estas tres Salas. Igualmente, a nivel de la Fiscalía Suprema, existen una Fiscalía Suprema

[33] Ejecutoria suprema de 31 de agosto de 1989, Exp. Nº 744–89, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 269–271).

Titular y tres provisionales, situación que exigiría decidir entre los cuatro a los Fiscales Supremos que intervendrán en la causa a nivel instrucción, enjuiciamiento y procedimiento recursal.

## III. EL PROCEDIMIENTO CONTRA MAGISTRADOS

Fuera del caso de los Vocales y Fiscales Supremos, la persecución penal contra miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público está sometida a un procedimiento con *garantías reforzadas*, que se expresa en dos niveles: a) en la promoción de la acción penal; y, b) en la competencia material.

### 1. LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El art. 66º.4 de la LOMP establecía como atribución del Fiscal de la Nación "*decidir el ejercicio de la acción penal contra los jueces de segunda y primera instancia por delitos cometidos en su actuación judicial cuando la denuncia o queja procede del Ministro de Justicia, de una Junta de Fiscales o del agraviado... En estos casos, el Fiscal de la Nación instruirá al Fiscal que corresponde para que la ejercite...*". Posteriormente, la Ley Nº 26623, de 19 de junio de 1996, modificada finalmente por la Ley Nº 26738, de 7 de enero de 1997, entregó esa atribución a la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público.

El Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía de Control Interno, aprobado por Resolución Nº 337–98–MP–CEMP, publicado el 25 de abril de 1998, encargó a dicha Fiscalía que de oficio o por denuncia de parte, abra la investigación correspondiente, cuando tome conocimiento de una conducta presumiblemente delictuosa cometida en el ejercicio de la función por los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (art. 48º). El mencionado Reglamento, en su art. 1º, preceptúa que le corresponde recibir y procesar las denuncias por delitos cometidos en el ejercicio de la función contra: Fiscales Superiores, Provinciales y Adjuntos en general; Vocales Superiores, Jueces Especializados y Mixtos y Juez de Paz Letrados del Poder Judicial, para que se decida el ejercicio de la acción penal en su contra, con excepción de los Vocales y Fiscales Supremos (ellos, como ya se estudió, están sujetos al procedimiento parlamentario de acusación constitucional),

Las denuncias deben presentarse ante la mencionada Fiscalía, y se tramitarán bajo el siguiente procedimiento preliminar (art. 49º): **a)** debe tratarse de una denuncia escrita fundada, aunque excepcionalmente pueden recibirse denuncias verbales levantándose el acta correspondiente

(art. 28º); **b)** en el plazo de 60 días, se notifica al magistrado denunciado para que efectúe el descargo, el mismo que puede ser por escrito o, en todo caso, recibirá su declaración, luego de lo cual se procederá a reunir la información necesaria para el debido esclarecimiento de los hechos; **c)** concluida la investigación o vencido el plazo, el Fiscal designado o la Comisión encargada (arts. 13º y 14º), elevarán un informe al Fiscal Supremo de Control Interno, que contendrá la reseña de los antecedentes del caso, la evaluación de los hechos, la fundamentación jurídico penal correspondiente con indicación del tipo penal respectivo y las conclusiones; **d)** El Fiscal Supremo de Control Interno, si no encuentra indicios razonables de comisión delictiva dictará resolución ordenando el archivo definitivo de la denuncia, en caso contrario elevará lo actuado al Organo de Gobierno del Ministerio Público para que decida el ejercicio de la acción penal. La resolución de archivo del Fiscal Supremo es apelable ante el Organo de Gobierno (art. 50º), cuya decisión es inimpugnable.

Es de tener presente, en *primer lugar*, que el Fiscal encargado o la Comisión encargada, sea de la Sede Central o una Distrital Descentralizada, están facultadas para calificar las denuncias, decisión que se circunscribirá a la apreciación de si los hechos denunciados constituyen delito y si éste tiene el carácter de funcional, propio de la competencia excepcional de este procedimiento; en este caso, la resolución puede ser apelada ante el Fiscal Supremo de Control Interno, con cuya decisión termina la incidencia (arts. 15º 'd' y 31º). En *segundo lugar*, que en caso se intervenga a un magistrado en flagrante delito, en esa diligencia participará el Fiscal miembro de la Fiscalía de Control Interno, según la jerarquía del magistrado contra quien se proceda (excepcionalmente y por razones de fuerza mayor se delegará la intervención en tales hechos al Fiscal pertinente del Distrito Judicial correspondiente), el mismo que elevará de inmediato el informe respectivo al Organo de Gobierno, para que se dicte la resolución que decida el ejercicio de la acción penal (art. 49º.5).

Por consiguiente, sólo es posible que se persiga penalmente a un Fiscal o un Juez, con excepción del Juez de Paz, previa resolución del órgano de gobierno del Ministerio Público, en cuanto se encuentren indicios razonables de comisión delictiva. Para este efecto, el Ministerio Público ha diseñado un procedimiento preliminar que garantiza el contradictorio y permite el derecho de defensa previo del magistrado denunciado.

Como ya se dejó establecido, la necesidad de que el órgano de gobierno del Ministerio Público decida el ejercicio de la acción penal por

delitos funcionales perpetrados por jueces y fiscales de segunda y primera instancia constituye un requisito de procedibilidad, cuya omisión da lugar a la interposición de una cuestión previa. La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, ratificando esta posición, al punto de haber deducido de oficio la cuestión previa, declarado nulo todo lo actuado y dando por no presentada la denuncia formulada por el Ministerio Público [33 *bis*].

Tratándose de delitos flagrantes perpetrados por jueces, se ha pretendido sostener que la norma anterior es inaplicable, no siendo necesaria la decisión de ejercicio de la acción penal por el órgano de gobierno del Ministerio Público, por así disponerlo el art. 191º del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta norma, sin embargo, sólo instituye una garantía contra la detención en caso de comisión de delitos funcionales; por lo demás, en el caso de delito flagrante se señala que el magistrado *"...debe ser conducido de inmediato a la Fiscalía competente, con conocimiento del Presidente de la Corte respectiva, por la vía más rápida y bajo responsabilidad"*. La conducción del magistrado a la Fiscalía competente obviamente tiene una definida finalidad penal y persigue la formalización de una denuncia en su contra en aras de la incoación del respectivo proceso penal, empero, ello no es implicante con la exigencia mayor de instar la intervención del órgano de gobierno del Ministerio Público. A este efecto el propio Reglamento de Organización y Funciones de Fiscalía Suprema de Control Interno rodea de mayores garantías al magistrado al imponer la presencia de un fiscal en la diligencia de detención en flagrancia delictiva y disponer el inmediato informe del mismo al órgano de gobierno para la decisión del ejercicio de la acción penal. No existe excepciones, que muy bien podría imponerse en casos de flagrancia delictiva con el concurso de un Fiscal, a la resolución autoritativa del órgano de gobierno del Ministerio Público.

## 2. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

El art. 34º del TUO de la LOPJ establece que es competencia de las Salas Penales de la Corte Suprema la investigación y el enjuiciamiento de los Vocales y Fiscales Superiores, de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, así como de los funcionarios que señala la ley.

[33 *bis*] Ejecutoria suprema de 3 de noviembre de 1998, Exp. Nº 2373-98-Lima.

Estos últimos, como está claro, no tienen la garantía reforzada de la previa intervención del Órgano de Gobierno del Ministerio Público. De igual manera, el art. 41º del TUO de la LOPJ establece que es competencia de las Salas Penales Superiores el proceso por delito cometido en el ejercicio de sus funciones, por los Jueces Especializados o Mixtos, Jueces de Paz Letrados y Jueces de Paz, así como otros funcionarios señalados por la ley aunque hayan cesado en el cargo (aquí, sin duda alguna, están comprendidos los Fiscales Provinciales y los Adjuntos).

Los Jueces de Paz no tienen la garantía reforzada de la previa intervención del Órgano de Gobierno del Ministerio Público. De conformidad con art. 1º *in fine* del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público y el art. 41º.4 del TUO de la LOPJ los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones serán de conocimiento de la Sala Penal Superior respectiva y del Fiscal Superior de la Penal que corresponda, quien decidirá el ejercicio de la acción penal en su caso, tal como lo ha ratificado la Corte Superior del Cono Norte de Lima en la Ejecutoria Superior de fecha 28 de agosto de 1998, recaída en el Exp. Nº 498-98 [33 ter].

En ambos casos, según la competencia corresponda a las Salas Penales Supremas o a las Superiores, éstas nombrarán entre sus integrantes al Vocal Instructor y determinarán los integrantes de la Sala Penal Especial que conocerá de las apelaciones y de las etapas intermedia y de enjuiciamiento. El recurso de nulidad será de conocimiento de la Sala Penal Suprema pertinente.

El procedimiento es el común ordinario. La fase declarativa está integrada por las etapas de instrucción, intermedia y de enjuiciamiento. La primera está a cargo de un Vocal Instructor y las restantes de una Sala Penal Especial integrada por tres Vocales. La impugnación es conocida por la Corte Suprema, a través de una de sus Salas Penales.

### 3. El Código de 1991

El art. 375º señala que, en estos casos, la investigación –tratándose de Fiscales y Vocales Superiores y miembros del Consejo Supremo de

[33 ter] *Revista de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima*, Nº 1, diciembre, Lima, 1998, p. 109.

Justicia Militar– la practicará el Fiscal Supremo que corresponda, la jurisdicción preventiva la asumirá el Vocal Supremo menos antiguo, el enjuiciamiento lo hará la Sala Penal Suprema; la apelación será resuelta por la Sala en lo Contencioso–Administratrivo. Es de tener presente que esa norma se elaboró sobre la base de que en el supremo Tribunal exista una sola Sala Penal, de ahí que consideró que la impugnación debía ser resuelta por la Sala Contencioso–Administrativa.

El inc. 2 del citado art. 375º prescribe que cuando los delitos funcionales provengan del Juez de Primera Instancia (Juez Especializado según la LOPJ), el Fiscal Provincial y otros funcionarios que señale la ley, la investigación la realizará el Fiscal Superior, la jurisdicción preventiva la tendrá el Vocal Superior menos antiguo, el enjuiciamiento corresponde a la Sala Penal Superior y la apelación será resuelta por la Sala Penal Suprema.

El inc. 3 introduce cambios sensibles, puesto que al Juez de Paz Letrado y al Fiscal Provincial Adjunto, así como al Juez de Paz No Letrado, que en la normatividad vigente se les homologa a la competencia del Superior Tribunal, con dicha ley serán instruidos y juzgados por el procedimiento de los delitos menos graves u ordinario según la nomenclatura de dicho Código: la investigación corresponde al Fiscal Provincial, el juzgamiento al Juez Penal y la resolución de la apelación a la Sala Penal Superior.

## IV. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

### 1. ASPECTOS GENERALES

El control penal del tráfico ilícito de drogas ha generado una profusa legislación, que intentó cubrir todos los ámbitos de las actividades productivas e involucró no sólo a la Policía Nacional y al Ministerio Público, sino también a las Fuerzas Armadas. Esta legislación, ha venido desarrollándose de acuerdo a sus propias reglas, las de la *emergencia penal*, de ahí que presente singularidades muy marcadas, homólogas al control penal anti–terrorista, que lamentablemente se ha expandido a la criminalidad violenta organizada.

La desmesura de esta legislación es patente. En lo que se verá, podrá advertirse una opción claramente autoritaria del legislador nacional que

se traduce en procedimientos sumarísimos; en una fuerte intervención y autonomía funcional de las Fuerzas de Seguridad, a la que se le conceden facultades coercitivas de dudosa legitimidad constitucional; en una alarmante restricción del derecho de tutela jurisdiccional y de defensa; en una sobrevaloración de la investigación policial, unida a la minimización del proceso judicial propiamente dicho; y, en una sobrecriminalización de limitada eficacia.

La persecución del tráfico ilícito de drogas forma todo un sub–sistema normativo. Las normas fundamentales de esta sub–sistema son, claramente, dos: 1) El Decreto Ley Nº 22095, de 2 de marzo de 1978, complementado por el Decreto Ley Nº 22926, de 13 de marzo de 1980. 2) El Decreto Legislativo Nº 824, de 24 de abril de 1996.

Ambas leyes, y el conjunto de leyes modificatorias que han ido dictándose, así como la importante red de Decretos Supremos que han generado, crean especialidades procesales en áreas tan importantes como: 1) Las facultades de intervención policial. 2) Las técnicas de investigación, a cuyo efecto se incorporan dos instituciones polémicas, como son la *remesa controlada* y el *agente encubierto*. 3) Las medidas cautelares personales y reales, creando en este último caso un órgano administrativo *ad hoc*. 4) La situación jurídica del fármaco dependiente. 5) La configuración de órganos judiciales especiales, mediante decisión administrativa del propio Poder Judicial, bajo un modelo de organización distinto al ordinario previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## 2. La investigación policial

Según el art. 5º del Decreto Legislativo Nº 824, la Policía Nacional, a través de sus órganos especializados, es la encargada de prevenir, investigar y combatir el delito de tráfico ilícito de drogas, en sus diversas manifestaciones; norma que, sin embargo, no menciona la dirección jurídico funcional del Ministerio Público. De igual manera, el indicado Decreto Legislativo, desde una perspectiva autónoma, lo que colida con la primacía constitucional asignada a la Fiscalía, autoriza a la Policía a intervenir en el control de puertos, aeropuertos, empresas de aviación y de transporte. El Decreto Ley Nº 25623, de 22 de julio de 1992, modificado parcialmente por la Ley Nº 26332, de 24 de junio de 1994, del mismo modo, entrega un control privilegiado a la Policía Nacional en materia de productos e insumos químicos directa e indirectamente destinados a la elaboración de drogas ilícitas.

Desde la perspectiva de la intervención penal propiamente dicha, el art. 71º del Decreto Ley Nº 22095 le reconoce varias atribuciones. Entre ellas tenemos, *en primer lugar*, la detención preventiva de los traficantes, cómplices o encubridores por un término no mayor de 15 días, con conocimiento del Juez Instructor. Esta norma, sin duda alguna, precursora del art. 2º.24.'f' de la Constitución, debe ser integrada con lo dispuesto por dicha norma constitucional en el siguiente sentido: **a)** que la detención exige, a nivel de imputación, flagrancia delictiva; **b)** que la detención debe ser comunicada al Juez y al Fiscal; **c)** que el plazo debe entenderse como máximo y, por tanto, el control judicial de proporcionalidad, en orden a lo "estrictamente necesario", puede determinar en el caso concreto un plazo menor, en atención a la naturaleza del hecho delictivo, la peligrosidad del agente y la complejidad del caso; y, **d)** que en caso de vulneración de los derechos del imputado o de una actuación desproporcionada de la policía, el juez puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

El art. 17º del Decreto Legislativo Nº 824 estipula que no proceden las acciones de hábeas corpus a favor de las personas involucradas en el delito de tráfico ilícito de drogas durante la detención preventiva en la investigación policial, en la que haya participado el representante del Ministerio Público y el caso haya sido puesto en conocimiento de la autoridad judicial competente. Esta norma, sin duda alguna, es ostensiblemente inconstitucional, pues no sólo limita una garantía en sí misma de imposible suspensión aun en los Estados de Emergencia, según lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC–8/87, de 30 de enero de 1987, sino que presupone que la sola presencia fiscal y la comunicación de la detención la vuelve legítima. Olvida que una detención deviene arbitraria por defecto de imputación (no existe flagrancia delictiva), por exceso del plazo y por defecto de garantías (torturas, negación del derecho de defensa, incomunicación irrazonable, etc.).

En *segundo lugar*, la Policía Nacional puede ingresar o allanar y registrar los lugares señalados como depósitos, fábricas o centros de distribución clandestina de drogas. Este "ingreso y registro" o allanamiento, sin embargo, está sujeto a los límites fijados en el art. 2º.9 de la Constitución que garantiza la protección de la intimidad domiciliaria, a cuyo efecto la policía sólo puede ingresar mediando flagrante delito o por autorización de la persona que lo habita. De no mediar flagrancia delictiva y no

consentirlo el titular del derecho de exclusión, deberá solicitarse orden judicial. Es de recordar que en los delitos de tenencia de bienes prohibidos, como aclara ARAGONESES MARTÍNEZ siguiendo inclusive la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el concepto de flagrancia no resulta aplicable, pues estos delitos desde el momento que quedaron consumados por su tenencia ilegal ya no requieren, normalmente, una intervención urgente de la policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al Juzgado para obtener un mandamiento judicial [34].

En *tercer lugar*, la Policía Nacional puede inspeccionar, con la imprescindible intervención de un funcionario del Ministerio de Salud, los laboratorios, farmacias y boticas. Esta norma guarda concordancia con las disposiciones de control de insumos químicos. Empero, tal atribución no debe vulnerar la intimidad documental protegida por el art. 2º.10 de la Constitución ni importa incursiones a locales fabriles o comerciales sin autorización del dueño, salvo el caso de flagrante delito. La Constitución permite la inspección o fiscalización de los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos de las personas físicas o jurídicas, pero la incautación requerirá –en cualquier caso– orden judicial.

En *cuarto lugar*, el inc. d) del citado art. 71º autoriza a la policía a restringir o impedir el ingreso, tránsito o salida del país a personas que se dediquen al tráfico ilícito o se sospeche que lo efectúen. Esta atribución resulta improcedente a la luz de la Constitución, la cual por tratarse de una norma de superior jerarquía y de fecha posterior la abrogó definitivamente. La restricción al libre tránsito, por razones penales, sólo puede efectuarse por orden judicial (art. 2º.11 de la Constitución).

### 3. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

El art. 28º del Decreto Legislativo Nº 824 dispone que el Ministerio Público, a fin de permitir la obtención de las pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal, podrá autorizar a la Policía Nacional la ejecución de los procedimientos denominados "*Remesa controlada*" y "*Agente encubierto*". Procedimiento que no sólo importa la autorización fiscal,

[34] En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 367–368.

sino el control de su desarrollo ejecutivo y la orden de ponerle término "en cuanto se haya cumplido con los objetivos propuestos".

El art. 29º de dicha norma define puntualmente ambas técnicas. La "*remesa controlada*" es un procedimiento reservado, en cuya virtud en forma encubierta se efectúa la custodia y control de un transporte de drogas, verificado o presunto, durante un período de tiempo, con el objeto de determinar las circunstancias, destino, implicados directos e indirectos y las conexiones con asociaciones delictivas. Esta norma no hace sino incorporar una institución reconocida en el art. 11º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988, bajo la denominación de "*entrega vigilada*". En sede internacional esta técnica se sujeta a los Convenios sobre la materia.

El "*Agente encubierto*" es un procedimiento reservado mediante el cual un agente especializado, ocultando su identidad, se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, con el propósito de identificar su estructura, dirigentes e integrantes, recursos, *modus operandi* y conexiones con asociaciones ilícitas. La previa autorización fiscal y el objetivo de la infiltración del Agente encubierto –ser fuente de información–, evitaría la censurable técnica de los entrampamientos o de los agentes provocadores, que según ya se dejó sentado son supuestos de prueba prohibida.

El poder de control del Ministerio Público que reconoce la ley, no hace sino enfatizar la dirección jurídica funcional de la Fiscalía respecto de la Policía Nacional en su función de Policía Judicial, aunque la normatividad en su conjunto no desarrolla con mayor consistencia esa función del Ministerio Público.

El indicado Decreto Legislativo también permite estos procedimientos en sede judicial y, por tanto, condiciona su utilización a la autorización del Juez. Empero, como es fácil colegir de la naturaleza de la investigación, tal posibilidad es muy remota y más bien está destinada a llevarse a cabo con gran amplitud en sede fiscal, en la investigación preliminar propiamente dicha y no en la judicial, tanto más si su carácter formal impide su eficacia.

Es de tener en cuenta, sin embargo, como menciona María Dolores DELGADO GARCÍA, la autorización del empleo de esta técnica de investigación está sometida a dos cláusulas esenciales: de *proporcionalidad* (aplicación a delitos especiales graves) y de *subsidiaridad* (sólo podrá emplearse

cuando el esclarecimiento de las actividades ilícitas resulte imposible o muy difícil por otros medios de investigación). Además, se requiere que el Fiscal o el Juez que autorizó esta técnica debe ejercer el control necesario a su actividad del agente encubierto, debiendo exigir no sólo conocer su identidad, con las reservas del caso, sino informaciones periódicas sobre el desarrollo de la investigación. Finalmente, puede autorizarse al agente encubierto la adquisición y transporte de los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir su incautación [35].

## 4. MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

### *A. Medidas cautelares personales*

Esta especialidad procedimental no tiene normas expresas en materia de medidas cautelares personales, salvo lo relativo a la detención policial, por lo que rige –como es obvio– las reglas generales sobre la materia. En materia de excarcelaciones, existen normas limitativas muy puntuales. El art. 64º del Decreto Ley Nº 22095 prohibió genéricamente la libertad provisional en todos los supuestos de tráfico ilícito de drogas, norma que a su vez fue ratificada por el Decreto Ley Nº 25916, de 2 de diciembre de 1992, y que incluyó la libertad por exceso del plazo de detención. La Ley Nº 26332, de 24 de junio de 1994, prohibió la libertad provisional por el delito de cultivo y comercialización de adormidera (art. 296º–D del Código Penal). Pero estas prohibiciones están radicadas en las figuras básicas y agravadas, pues el art. 2º de la Ley Nº 24388, de 6 de diciembre de 1985, exceptuó la prohibición de libertad provisional para el tipo penal atenuado de Tráfico ilícito de Drogas (esta norma se refería el art. 55º–B del Decreto Legislativo Nº 122, que en el nuevo Código Penal ha sido reemplazada por el art. 298º), aunque hace hincapié que el imputado no sea reincidente ni habitual (figuras no recogidas en el Código Penal vigente) o que no hubiese vendido o distribuido drogas a menores.

La nota restrictiva de este modelo de excarcelación se hace patente en el hecho que el auto que concede libertad provisional es consultable obligatoriamente al Superior Tribunal, al punto que la libertad no se ejecuta hasta que se dicte resolución de vista aprobatoria de la libertad provisional.

---

[35] DELGADO GARCÍA, María Dolores: «El agente encubierto: Técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada», en: AA.VV.: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pp. 70–71.

*B. Medidas cautelares reales*

El art. 66º del Decreto Ley Nº 22926 establece, *de un lado*, el decomiso de las drogas, insumos, fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación ilícita de drogas; y, *de otro lado*, la incautación del dinero empleado u obtenido en la comisión del delito de tráfico ilícito, objeto de la investigación, el mismo que será depositado en el Banco de la Nación, para su ingreso al Tesoro Público. En cuanto a los cultivos de plantas del género *Papaver, Papaverum Somniferum* (amapola), así como los de *Cannabis Satiba* (marihuana) [36], el art. 11º del Decreto Legislativo Nº 824, de 24 de abril de 1996, que modificó el art. 2º de la Ley Nº 26332, de 24 de junio de 1994, dispone, *en primer lugar*, que serán destruidos *in situ* por la Policía Nacional, por cualquier método siempre que no atente contra la conservación del medio ambiente, bajo el control y responsabilidad directa del Fiscal Provincial, levantándose a tal efecto el acta correspondiente; y, *en segundo lugar*, que los terrenos de cultivo, equipos de trabajo, bienes muebles e inmuebles y otros de uso directo que hubieran sido utilizados en la comisión del delito, serán incautados.

Es de precisar que el Decreto Ley Nº 22926 utiliza como sinónimos dos términos que no lo son: el *decomiso*, que es una consecuencia accesoria del delito (art. 102º del Código Penal) y se impone con la sentencia; y, la *incautación* o *secuestro*, que es una medida cautelar real, antesala procesal del decomiso. Obviamente, la incautación garantiza el posible decomiso, pero ésta se encuentra sometida a disposiciones procesales de orden general y la segunda a las normas de derecho material. En todo caso, es de entender que cuando la ley especial dispone el decomiso de bienes, éstos necesariamente son susceptibles de incautarse o secuestrarse, por lo que cabe acudir como amparo normativo a las disposiciones generales sobre la materia.

El art. 67º del Decreto Ley Nº 22095 estipula que las drogas decomisadas serán depositadas en un local especial, cuya custodia y responsabilidad será del Ministerio del Interior. De igual modo, el art. 68º de dicho

[36] Llama la atención que pese a que sólo está criminalizado el cultivo de amapola, la interdicción se extienda a la marihuana.

Decreto Ley estatuye que las drogas incautadas no comercializables serán destruidas públicamente en presencia de una Comisión Gubernamental y de un Notario Público, que dará fe del acto, aunque previamente las drogas serán analizadas y pesadas por un profesional químico de la Policía Nacional y otro del Ministerio de Salud. Los demás bienes decomisados e incautados durante la fase preprocesal y la actividad jurisdiccional, señala el art. 6º del Decreto Ley Nº 22926, serán puestos a disposición de una Oficina Especial denominada "Oficina Ejecutiva de Control de Drogas–OFECOD", del Ministerio del Interior, la que los asignará para el servicio oficial de las dependencias públicas, según las prioridades que establezca la Comisión Multisectorial de Control de Drogas. En igual sentido está regulado el caso de las incautación de terrenos de cultivo, equipos de trabajo, bienes muebles e inmuebles utilizados en la comisión del delito de cultivo de plantaciones de adormidera, los cuales pasarán a disposición de la OFECOD, pero cuya asignación para su uso o administración será coordinada con el Ministerio de Agricultura y Organismos que haga sus veces, así como pueden entregarse tanto a dependencias públicas como privadas dedicadas a actividades de investigación científica o de promoción social (Decreto Legislativo Nº 824).

Respecto de los bienes secuestrados, si se dicta sentencia judicial absolutoria se dispondrá la devolución del bien a su propietario, pagando el usuario una indemnización equivalente al uso. El procedimiento de entrega y de indemnización están reglamentados por los Decretos Supremos Nº 041–81–JUS, de 17 de diciembre de 1981, y 051–82–JUS, de 1 de agosto de 1982. Por otro lado, si se dicta sentencia condenatoria, los bienes serán adjudicados al Estado para que continúen en uso de las dependencias públicas, y aquellos bienes que no sirvan para este fin serán depositados en el Banco de la Nación para su inmediato ingreso al Tesoro Público (art. 7º del Decreto Ley Nº 22926). El Decreto Legislativo Nº 824 dispone que los bienes secuestrados a propósito del delito de cultivo de plantas de adormidera serán subastados por la OFECOD.

El Decreto Supremo Nº 046–88–IN, de 1 de diciembre de 1988, señala que los bienes decomisados e incautados (en puridad, lo segundo) podrán ser adjudicados al Estado o sus entidades o empresas *o puestos en remate público transcurrido el plazo de un año, contado a partir de la fecha del decomiso o incautación dispuesto por el Juez.* A su vez, estipula que el Ministerio del Interior publicará periódicamente la relación de los bienes susceptibles de adjudicación estatal y, en su oportunidad, mediante Resolu-

ción Ministerial adjudicará los bienes y pondrá los no adjudicados a disposición de la OFECOD para ser rematadas. Finalmente, sanciona que si el imputado es judicialmente absuelto, se le abonará en efectivo por el Tesoro Público el importe de la valorización de los bienes más los intereses legales; de igual manera, si el bien fue rematado, el monto será depositado en una cuenta especial en el Banco de la Nación a resultas del proceso y generará los intereses de ley, dinero que se entregará en su caso al imputado declarado inocente por la justicia.

La norma anterior, como es claro de apreciar, no tiene el menor sustento en los Decretos Leyes Nº 22095 y 22926, las cuales no permiten a la Administración disponer o rematar bienes objeto de una medida cautelar. Por lo demás, no tratándose de bienes que por su propia naturaleza corran el riesgo de perderse o deteriorarse considerablemente, es a todas luces irrazonable que la ley ampare una tal disposición, que en buena medida sólo toma en cuenta los intereses del Estado y desatiende unilateralmente los derechos e intereses legítimos del imputado, constitucionalmente inocente hasta que no sea declarado culpable por sentencia firme.

El art. 73º del Decreto Ley Nº 22095 permite la imposición de medidas precautelativas, en rigor, precautelares, antes de dictarse el auto apertorio de instrucción. Esta disposición ha sido reglamentada por los Decretos Supremos Nº 39–94–JUS, de 23 de julio de 1994, y Nº 43–94–JUS, de 3 de noviembre de 1994. En virtud de estas normas, el Juez Penal a solicitud del Ministerio Público o de la Policía Nacional ordenará, cuando corresponda, la inscripción preventiva en favor del Estado de los bienes muebles e inmuebles incautados al imputado, siempre que hayan servido o facilitado la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas o sean producto del mismo, en cuyo caso cursará los partes respectivos al Registro correspondiente. En tal caso la partida registral queda bloqueada y queda prohibida toda inscripción de actos o contratos con posterioridad a la incautación ordenada.

De igual manera, el Juez Penal, de ser el caso: **a)** dispondrá la inmovilización de los fondos, depósitos y demás valores en custodia que los imputados mantengan como titulares en las empresas y entidades del sistema financiero, cursando las órdenes y requerimientos respectivos a las mismas; **b)** ordenará a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores–CONASEV que disponga que las Sociedades Agentes y los Agentes de Bolsa se abstengan de realizar operaciones o transacciones por cuenta o en nombre de los presuntos implicados; y, **c)** mandará que

las empresas emisoras de valores inscritas en el Registro Público de Valores de la CONASEV se abstengan de realizar similares operaciones o transacciones respecto de valores transados fuera de Rueda de Bolsa y otros mecanismos centralizados de negociación.

*C. Medidas instrumentales restrictivas de derechos*

La Ley Nº 26223, de 21 de agosto de 1993, estipuló que para los delitos de lavado de dinero y coacción para la siembra de coca o amapola, no habrá secreto bancario y reserva tributaria. A este efecto, el Fiscal de la Nación, de oficio o a petición de la autoridad policial, siempre que existan indicios razonables de comisión delictiva, solicitará el levantamiento de estas reservas, asegurándose previamente que la información obtenida sólo será utilizada en relación con la investigación financiera de los hechos previstos como tráfico ilícito de drogas y/o vinculados con el terrorismo.

Es de entender, sin embargo, que el secreto bancario y la reserva tributaria es un derecho constitucional (art. 2º.5 *in fine* de la ley fundamental). Por tanto, su levantamiento está sometido al principio de proporcionalidad. No es que el ciudadano sometido a una investigación por tráfico ilícito de drogas no tenga ese derecho, sino que tal derecho no es absoluto, ya que puede ser levantado por disposición judicial, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso.

4. EL TRATAMIENTO DE LA FÁRMACO DEPENDENCIA DEL IMPUTADO

El art. 28º del Decreto Ley Nº 22095 dispone que la condición de drogadicto sólo se determinará previo peritaje médico legal, expedido a solicitud de juez competente y con citación del Fiscal. El examen en sí, debe ser realizado por médicos psiquiatras, con arreglo a lo dispuesto en el art. 189º del Código de 1940. La entidad responsable de proporcionar los peritos médicos es el Instituto de Medicina Legal del Perú, por imperio del art. 1º de la Ley Nº 24128, de 23 de junio de 1985.

El indicado art. 28º del Decreto Ley Nº 22095 establece, además, que el Fiscal presenciará obligatoriamente el examen del estado mental que haga el Juez, y que los peritos médicos tendrán en cuenta la naturaleza y cantidad de las sustancias que han producido la dependencia, así como la historia y situación clínica del sindicado. Lo primero ha estado siendo interpretado por Jueces y Fiscales como su obligatoria presencia en el examen o entrevista personal que realizan los peritos médicos,

cuando en puridad esta norma se refiere esencialmente a las diligencias realizadas en el orden jurisdiccional civil para los efectos de rehabilitación o curatela (arts. 20º y 22º del Decreto Ley Nº 22095), desde que el procedimiento penal está sujeto por su propia naturaleza a reglas propias y, esencialmente, al principio de inmediación en la relación imputado, fiscal y juez en la fase de instrucción, que importan además la decisión del examen mental en base a sospechas fundadas de la autoridad judicial y, luego, al examen de los peritos (arts. 189º y 167º del Código de 1940).

Por otro lado, el art. 29º de dicho Decreto Ley estipula que el drogadicto procesado por delito de tráfico ilícito de drogas puede ser internado, por disposición judicial en un Centro Estatal de Rehabilitación para Fármaco–Dependientes, a cuyo término será puesto a disposición del Tribunal para que le imponga la condena penal compatible con el delito.

Es de entender este internamiento como un supuesto de incapacidad procesal del sujeto tanto en los casos que importen afectación mental sin llegar a la inimputabilidad (art. 20º.1 del Código Penal) cuanto en los de afectación sobrevenida al delito, instituido con fines terapéuticos. Hay que atender, por consiguiente, al nivel de la drogadicción y determinar si ello lo incapacita para soportar el procedimiento penal. Por lo demás, es de tener presente lo dispuesto en los arts. 74º, 76º y 77º del Código Penal y, consecuentemente, que es posible imponer una medida de seguridad a un toxicómano imputable relativo, al punto que el período de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio de que el juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento. El internamiento, en estos casos, importará la suspensión del procedimiento sólo cuando la drogadicción alcance un nivel que lo incapacite procesalmente.

### 5. La competencia judicial

La investigación y enjuiciamiento del delito de tráfico ilícito de drogas está encargado a la justicia ordinaria. Sobre esa base, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial por Resolución Administrativa Nº 328–CME–PJ, de 27 de febrero de 1997, instituyó para la gran mayoría de estos procedimientos un nuevo circuito judicial derogando el principio *forum delicti comissi* y afirmando la competencia nacional de los nuevos órganos judiciales creados al efecto; situación que resulta de dudosa legalidad toda vez que la competencia (objetiva, funcional y territorial), en su esencia, se regula por una norma con rango de ley.

Esta Resolución Administrativa encargó a la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el conocimiento, en última instancia, de todos los delitos de tráfico ilícito de drogas; y, creó Salas Superiores y Juzgados Especializados en Tráfico Ilícito de drogas, cuya sede de funcionamiento es el Distrito Judicial de Lima, aunque dependientes orgánica y funcionalmente de la citada Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

El nuevo circuito judicial instituido por la indicada Resolución Administrativa, de carácter nacional, conoce de todos los delitos de tráfico ilícito de drogas, con excepción del tipo atenuado previsto en el art. 298º del Código Penal, así como de los delitos conexos –cualquiera fuere su modalidad y gravedad– y de los beneficios excepcionales previstos en el Decreto Legislativo Nº 824 y demás normas referentes a todos los delitos de tráfico ilícito de droga, incluidos en el art. 298º del Código Penal.

Sobre esa organización de la justicia referida al Tráfico Ilícito de Drogas, la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público mediante Resolución Administrativa Nº 215–97–MP–FN–CEMP, de 7 de marzo de 1997, dispuso que la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal se encargará de intervenir en los procesos por tráfico ilícito de drogas que se tramiten en la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, así como de supervisar y controlar a las Fiscalías Superiores y Provinciales Especializadas en dicho delito. Las Resoluciones Administrativas Nºs 216 y 217–97–MP–FN–CEMP crearon dos Fiscalías Provinciales y una Fiscalía Superior Especializadas en Tráfico Ilícito de Drogas, con competencia a nivel nacional.

## V. EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS FISCALES

### 1. Aspectos generales

Los delitos que afectan la hacienda fiscal, es decir, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución o redistribución de los egresos, sea en relación a los tributos internos o referidos al control aduanero de las mercancías [37], por el carácter esencial del sistema tributario al que

[37] Bramont–Arias Torres, Luis Alberto y García Cantizano, María del Carmen: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, pp. 476 y 496.

protege y constituir eje de la política social del Estado ha sido objeto de un tratamiento legal especializado. Luego de estar regulado en el Código Penal de 1991, el legislador optó por recurrir a las leyes penales especiales y a configurar procedimientos con especialidades procedimentales y a procedimientos especiales sobre la idea de la colaboración eficaz.

La norma común, que contiene puntuales referencias procesales, es el Código Tributario (Decreto Legislativo Nº 816, de 21 de abril de 1996). En lo referente a los impuestos internos, la norma procesal básica es la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo Nº 813, de 20 de abril de 1996), siendo subsidiaria, por contener un extremo referido a las recompensas para los denunciantes de este delito, la denominada "Ley de exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria" (Decreto Legislativo Nº 815, de 20 de abril de 1996). Estas tres normas se promulgaron al amparo de la ley de legislación delegada Nº 26577, de 27 de diciembre de 1995.

Respecto a los impuestos externos, la norma básica es la Ley de Delitos Aduaneros Nº 26461, de 8 de junio de 1995, y su Reglamento (Decreto Supremo Nº 121–95–EF, de 15 de agosto de 1995), en concordancia con el Texto Único Ordenado de la Ley General de Aduanas y su Reglamento.

## 2. Disposiciones comunes

### *A. Jurisdicción, competencia y trámite general*

Los delitos fiscales son investigados y juzgados por la jurisdicción ordinaria y bajo el procedimiento común ordinario, según lo dispuesto en el art. 189º, primer párrafo, del Código Tributario y el art. 2º de la Ley Nº 26833, de 3 de julio de 1997.

El art. 189º, segundo párrafo, del Código Tributario reguló la posibilidad de configurar Juzgados Especializados en materia tributaria y nombrar Fiscales Ad Hoc, cuando las circunstancias especiales lo ameriten o a instancia del Ministro de Economía y Finanzas. Sobre esa base, aunque con mayor profundidad, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa Nº 339–97–CME–PJ, de 18 de marzo de 1997, encargó a la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el conocimiento en última instancia y de manera exclusiva de los delitos tributarios y aduaneros; y, a la vez, creó un circuito judicial propio para dichos delitos fiscales, integrado por Salas Superiores y Juzga-

dos Especializados en delitos tributarios y aduaneros, con sede funcional en el Distrito Judicial de Lima.

Estos órganos jurisdiccionales tienen competencia a nivel nacional, a la vez que son dependientes orgánica y funcionalmente de la citada Sala Penal Suprema, que es la encargada de designar a los integrantes de estos órganos judiciales especializados, supervisar y controlar su funcionamiento y fijar la sede de funcionamiento de los Juzgados Especializados. El carácter especializado del nuevo circuito judicial se revela no sólo en el hecho de que conocen con exclusividad los delitos aduaneros y tributarios (Ley Nº 26461 y Decreto Legislativo Nº 813), sino que conocen de las quejas de derecho y de las contiendas de competencia promovidas entre estos órganos y los demás de la justicia ordinaria.

*B. Persecución penal y sanción administrativa*

El Código Tributario tiene al respecto dos reglas especiales: **1.** El art. 190º, que dispone que las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas a que hubiere lugar. **2.** El art. 192º, tercer párrafo, que señala que la Administración Tributaria, de constatar hechos que presumiblemente constituyan delito tributario, tiene la facultad discrecional de formular denuncia penal ante el Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, tramitándose en forma paralela los procedimientos penal y administrativos.

El primer punto envuelve una discusión con el *ne bis in idem*. El segundo encierra una opción clarísima: rechazo a la prejudicialidad administrativa. Respecto de lo segundo, no hay mayor inconveniente en aceptar que iniciado un proceso penal éste no puede suspenderse a la espera de la culminación de lo que se decida en sede administrativa y, luego, en la vía contencioso administrativa. Desde nuestra perspectiva, la independencia de ambos órdenes y la primacía de lo penal explica esta opción.

La interdicción de la doble sanción se encuentra prevista en el art. 139º.13 de la Constitución, sin perjuicio que pueda derivarse del principio de legalidad (art. 2º.24.'f' de la Constitución), el mismo que veta una tipificación simultánea de iguales conductas con diferentes efectos sancionadores. El principio *ne bis in idem* es, a fin de cuentas, un principio general de derecho y supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y funda-

mento. También supone que cuando el ordenamiento jurídico permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación, unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado: lo declarado por sentencia firme constituye una verdad jurídica y determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

Sobre el particular Ramón PARADA deduce que la Administración no puede sancionar unos hechos que el órgano jurisdiccional penal ha declarado inexistentes o simplemente no probados [38]. La potestad sancionadora de la Administración tiene límites. Uno de ellos es la subordinación de los actos sancionadores de la Administración a la autoridad judicial. Este límite, explica Fernando GARRIDO FALLA [39], exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. Dos consecuencias son relevantes al caso: **1.** La imposibilidad que la Administración lleve procedimientos sancionatarios en aquellos casos en que los hechos pueden ser constitutivos de delito según la ley penal, mientras el juez no se haya pronunciado sobre él. **2.** La necesidad de respetar la cosa juzgada, la cual despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye verdad jurídica, y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

Lo expuesto no hace sino demostrar la ilegitimidad del citado artículo del Código Tributario que permite procedimientos penal y tributario–administrativo paralelos sobre los mismos hechos que revisten caracteres de delito. Por ello, lo que corresponde a la Administración es remitir al Ministerio Público todo lo actuado y condicionar la resolución definitiva correspondiente a lo que se decida mediante resolución firme en la jurisdicción penal.

El rechazo de la prejudicialidad administrativa, que prevé el art. 192º del Código Tributario tiene como objetivo evitar tropiezos a la persecución penal de los delitos fiscales, por lo que la vía penal está expedita sin

---

[38] PARADA, Ramón: *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, T. I. p. 550.

[39] GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1992, Vol. II, p. 154.

necesidad de culminar la instancia administrativa. Expresamente se señala que ambos procedimientos son independientes entre sí, por lo que no puede alegarse una prejudicialidad en el proceso penal sobre la base de que la instancia administrativa no culminó o que la vía contencioso administrativa está pendiente.

*C. Facultad para denunciar delitos*

El Código Tributario en materia de denuncia de la Administración Tributaria por la comisión de delitos tiene dos normas: **1.** El art. 192º, que estatuye que la Administración Tributaria, de constatar hechos que presumiblemente constituyan delito tributario, tiene la facultad discrecional de formular denuncia penal ante el Ministerio Público. **2.** El art. 193º, que prescribe que la Administración Tributaria formulará la denuncia correspondiente en los casos que encuentre indicios razonables de la comisión de delitos en general, quedando facultada para constituirse en parte civil.

En lo que concierne al delito tributario (en puridad, delito fiscal que comprende la defraudación tributaria y los delitos aduaneros: contrabando y defraudación de rentas de aduana, que en el Código Penal vigente estaban unificados bajo el rubro de "delitos tributarios"), es de apuntar, en primer lugar, que nuestro sistema de persecución penal se sustenta en el principio de legalidad, en cuya virtud establecidas las bases materiales mínimas de racionalidad de la comisión de un delito, el Ministerio Público está obligado, bajo responsabilidad penal, a promover la acción penal. Como excepción y basadas en consideraciones preventivas de falta de necesidad y de merecimiento de pena (*poena naturalis*, delitos bagatela y mínima culpabilidad), el Fiscal puede abstenerse de ejercitar la acción penal. En segundo lugar, y sobre esta base conceptual, es de acotar que la Administración no puede invertir esta regla general. Dos son los motivos que justifican esta posición:

**1.** Las atribuciones de derecho penal están reservadas al Ministerio Público y al Poder Judicial, por imperio de los arts. 158º –incs. 4 y 5– y 139º –incs. 1 y 10– de la Constitución. Estas normas consagran, de un lado, la titularidad exclusiva del Ministerio Público para ejercer la acción penal y conducir la investigación del delito; y, de otro lado, los principios de la función jurisdiccional de la exclusividad judicial y la garantía procesal. Esta última garantía, apunta José ALMAGRO NOSETE, importa la indisponibilidad de las normas procesales y la imperatividad de

su observancia, que le confiere al proceso un carácter de necesariedad [40]. Por tanto, las posibilidades de persecución penal frente a la comisión de un delito sólo son arbitradas por el Ministerio Público, que se abstendrá de promover la acción penal si se dan los supuestos excepcionales, siempre vinculados a la idea de *interés público en la persecución*, fijados en el art. 2º del Código de 1991.

**2.** A esta incompetencia material, derivada de la propia fuente constitucional, se une la ausencia de pautas objetivas determinantes de la decisión de persecución penal de un delito tributario. Ello importará que su ejercicio no tendrá bases razonables por ausencia de referentes legales, por lo que su aplicación indudablemente afectará el principio de igualdad, y, por tanto, será inconstitucional por afectar el art. 2º.2 de la Ley Fundamental. Si la criminalización primaria está sujeta al principio de legalidad penal, igualmente la persecución de los delitos debe tener baremos legales ineludibles; la ley, en este caso, debe ser igualmente clara expresa e inequívoca. Se trata no sólo de una garantía de libertad a favor del ciudadano, sino además de un principio general de seguridad jurídica que procura garantizar la aplicación equitativa del poder punitivo del Estado.

El art. 193º del Código Tributario, en cambio, impone a la Administración Tributaria una obligación de denuncia en los casos en que encuentre indicios razonables de la comisión de delitos en general y le reconoce una facultad procesal ineludible: constituirse en parte civil en el proceso penal correspondiente. Ello significa que no hay discrecionalidad para denunciar cuando como consecuencia de sus actuaciones advierta bases razonables de la comisión de delito: está obligada a hacerlo, salvo que se trate de delitos tributarios; si el delito advertido afecta el interés de la administración tributaria, está facultada para constituirse en parte civil.

*D. Recompensas para el denunciante*

Tanto la Ley de Delitos Aduaneros cuanto la Ley Penal Tributaria contemplan un sistema de denuncias y recompensas para el denuncian-

[40] ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Trivium, Madrid, 1994, p. 30.

te, esto es, aquella persona que comunica a la Administración Tributaria, incluso la Aduanera, o a la Policía Nacional o a la Fiscalía, la comisión de hechos penalmente relevantes que den lugar al esclarecimiento y persecución de los que resulten responsables.

El art. 21º de la Ley de Delitos Aduaneros prescribe que los fondos obtenidos del remate de las mercancías y efectos del delito de contrabando y defraudación de rentas de aduana, deducidos los costos correspondientes, se distribuirán entre el denunciante, el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional, correspondiéndole al primero el 40%. Obviamente, en la sentencia el Juez deberá identificar, de existir, a la persona del denunciante y precisar que tiene derecho a la recompensa fijada por la ley (art. 40º). Según el art. 38º se considera denunciante a quien ponga en conocimiento de las autoridades competentes, la comisión de delitos aduaneros; y, la recompensa le será abonada conforme al porcentaje fijado en el art. 21º.

El art. 11º de la Ley Penal Tributaria señala que denunciante es aquel que pone en conocimiento de la SUNAT la comisión, mediante actos fraudulentos, de las infracciones contempladas en el art. 178º del Código Tributario. Es obvio que si se estipula la existencia de fraude en los supuestos del art. 178º del Código Tributario, también se está haciendo mención a la comisión del delito de defraudación tributaria, por lo que esta figura del denunciante también es aplicable a la persecución penal. El nombre del denunciante será mantenido en reserva y corresponde a la SUNAT, no al Poder Judicial, la evaluación y pago de la recompensa correspondiente, la cual será fijada por Resolución de Superintendencia y no puede ser superior al 10% del importe efectivamente recaudado por la SUNAT respecto de la deuda tributaria materia de la denuncia. El pago de la recompensa está condicionado a que la información proporcionada sea veraz, significativa y determinante para la detección del ilícito tributario.

Un serio problema que trae consigo este sistema es el del anonimato del denunciante impuesto en las dos leyes: en la Ley Penal Tributaria el control de la reserva de la identidad del denunciante corresponde a la SUNAT (art. 17º) y en la Ley de Delitos Aduaneros es de responsabilidad de la Fiscalía (art. 38º, segundo párrafo). Este modelo de administración del beneficio puede traer consigo una efectiva indefensión material del imputado al vérsele privado de convocar al denunciante para ser interrogado y someter su versión al principio del contradictorio. En

todo caso, ante la absoluta necesidad del interrogatorio del denunciante, vista su pertinencia y utilidad, en aras del respeto al derecho de defensa (arts. 139º.14 de la Constitución y 14º.3.'e' del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y al principio general del debido proceso (juicio justo y equitativo, art. 139º.3 de la Constitución) la SUNAT debe proporcionar el nombre del denunciante y éste ser convocado a juicio para que preste testifical.

*E. Características singulares del procedimiento penal tributario*

El Código Tributario reconoce dos especialidades del procedimiento penal tributario. En primer lugar, señala que el Juez no impondrá en la sentencia el pago de la reparación civil en favor del Fisco, cuando la Administración Tributaria haya hecho efectivo el cobro de la deuda tributaria correspondiente, que es independiente de la sanción penal (art. 191º). En segundo lugar, prescribe que los informes técnicos o contables emitidos por los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria–SUNAT, que realizaron la investigación administrativa del presunto delito tributario, tendrán, para todo efecto legal, el valor de informe de peritos de parte (art. 194º).

La no imposición de la reparación civil, que importa una alteración de la regla general de fijación de la misma en toda sentencia condenatoria (art. 285º del Código de 1940), se explica por el hecho que la Administración al amparo del Código Tributario realiza el cobro coactivo de la deuda tributaria, la cual no sólo está referida al valor del impuesto afectado, sino también comprende el pago de multas, moras, recargos e intereses, con lo que se cubre ampliamente el concepto indemnizatorio previsto en el art. 93º del Código Penal.

Las investigaciones realizadas por la Administración Tributaria para considerar si existen bases razonables de comisión delictiva, especialmente los informes técnicos y contables correspondientes, no pueden sino tener el carácter de pericia de parte. No pueden ostentar la calidad de pericia oficial porque se trata de un órgano comprometido con el interés fiscal y que en ese caso actúa contra el administrado, por lo que al no reunir los requisitos de imparcialidad y objetividad, que importan lejanía con el objeto procesal propios de todo perito, no es posible darle una cobertura de oficialidad, lo que iría en desmedro de un proceso justo y equitativo.

### 3. EL PROCEDIMIENTO PENAL TRIBUTARIO

La Ley Penal Tributaria contiene dos reglas especiales referidas a la promoción de la acción penal y a la medida cautelar personal de comparecencia.

#### *A. La acción penal*

La promoción de la acción penal, a cargo del Ministerio Público, sólo puede llevarse a cabo a petición del Órgano Administrador del Tributo, a quien se le considerará parte agraviada. A estos efectos, si la Administración presume la comisión de delito tributario, privativamente le corresponde la realización de una investigación administrativa, a cuyo efecto podrá contar con el apoyo de la Policía. Asimismo, si la Policía, el Ministerio Público o el Juez presuma la comisión de un delito tributario, están obligados a poner este hecho en conocimiento de la Administración Tributaria, para que sea ella la que realice una previa investigación administrativa. Así aparece normado en los arts. 7º al 9º de la Ley Penal Tributaria.

Como se puede advertir de estas disposiciones legales, el delito tributario está concebido como un *delito semi público*: se persigue a instancia exclusiva de la víctima y, una vez que se autoriza la persecución penal, interviene el Ministerio Público y ya no es posible la cesación del procedimiento por voluntad de aquélla.

La doctrina mayoritaria, al igual que nosotros, considera equivocada esta opción legislativa. Es sintomático al respecto la posición adoptada por el legislador español, pues precisamente la Ley Orgánica 2/1985 que modificó la anterior legislación (Ley Nº 50/1977 de 14 de noviembre) desapareció las limitaciones administrativas para ejercitar la acción penal que contenía la legislación anterior, que en este aspecto era semejante al actual modelo de la Ley Penal Tributaria nacional. Cinco son los riesgos de esta administrativización del ejercicio de la acción penal:

**1.** La Administración puede elegir a sus víctimas, de suerte que los criterios de criminalización no se amoldarían a las previsiones del derecho penal [41].

[41] SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Fraude tributario*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1977, p. 212.

**2.** El ejercicio público de la acción penal propende a que los ciudadanos tengan la convicción desde el comienzo que van a estar a salvo en esta materia de cualquier posible actuación arbitraria o discriminatoria por parte de los órganos de la Administración. La situación de inseguridad jurídica y las posibilidades de abuso son mayores que las que existirían si la acción penal fuese pública cuando el monopolio de la acción penal lo tiene la Administración .

**3.** La índole comunitaria del bien jurídico, apunta RODRÍGUEZ MOURULLO, impide considerar la persecución de este delito a cargo de la Administración. Resulta paradójico que a un delito que afecta la propiedad privada sea perseguible de oficio mientras que otro que afecta el erario público y, por consiguiente, al patrimonio común, tenga una perseguibilidad limitada [42].

**4.** La exclusión de la persecución de oficio supone un atentado contra la división de poderes, que consagra el art. 43º *in fine* de la Constitución, pues ello conduce a un sometimiento intolerable, en materia de tanta trascendencia social, del Poder Judicial al Poder Ejecutivo.

**5.** Si bien es necesario garantizar un adecuado y razonable ejercicio de la acción penal, y vista la complejidad del fenómeno tributario (complejidad de las normas tributarias vigentes y la enorme cantidad de normas reglamentarias con perfiles muy técnicos), lo único que podría aceptarse es que la Administración determine la existencia de la deuda tributaria y su cuantía, sin que la jurisdicción penal esté vinculada a los efectos de la punición por aquella determinación administrativa, tal como se establece en la Recomendación Quinta de las V Jornadas Luso–Hispano–Americanas de estudios de Derecho Tributario. Otra opción es la acogida, en su momento, por la Ordenanza Tributaria alemana que estipula que cuando exista sospecha de la comisión de un delito tributario, la autoridad tributaria investigará la situación de hecho, pese a lo cual el Ministerio Público podrá reclamar para sí en cualquier momento la realización o continuación de las investigaciones hasta formular el requerimiento penal respectivo.

Por otro lado, la ley peruana, a diferencia de la Ley Penal Tributaria argentina (Ley Nº 23771), abre una nueva etapa en la investigación del

---

[42] Citado por MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *El delito fiscal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, p. 384.

delito: la administrativa, sin intervención de la Fiscalía y con el entero dominio de la Administración, al punto que asume una total discrecionalidad para formular denuncia penal ante el Ministerio Público. Desde esta perspectiva, el Decreto Supremo Nº 07–94–IN, de 19 de octubre de 1994, creó la Unidad Especial de Investigaciones Tributarias de la Policía Nacional del Perú, como entidad adscrita a la SUNAT, con el fin de investigar los delitos de defraudación tributaria y conexos, así como los que en ejercicio de sus funciones detecten los diversos órganos conformantes de la misma. Las funciones técnico policiales de esta Unidad las debe desarrollar de acuerdo a los lineamientos fijados por la SUNAT, aunque pueden realizar investigaciones complementarias, una vez la causa esté en sede fiscal o jurisdiccional, siempre que lo ordenen la Fiscalía o del órgano jurisdiccional.

Esta opción legislativa, aun cuando aparentemente pueda tener justificación razonable a partir de la especialización y competencia técnica de los órganos de la Administración Tributaria, lo cual permitirá establecer con mayor solvencia la realidad de un fraude tributario, no tiene sin embargo el menor apoyo constitucional. En efecto, el art. 159º.4 de la Ley Fundamental atribuye, con exclusividad, al Ministerio Público la función de conducir *desde su inicio* la investigación del delito. Esta norma es categórica: la investigación del delito es función privativa de un órgano autónomo del Estado, integrado como es evidente al ordenamiento judicial: el Ministerio Público. Por consiguiente, tanto la Administración cuanto el Poder Judicial no pueden avocarse a una tarea privativa de la Fiscalía, por lo que la denominada "*investigación administrativa del delito*", como fase autónoma a la de los órganos del control penal, no es legítima desde las propias fuentes constitucionales.

*B. La medida cautelar personal de comparecencia*

Cuando el juez desestime la imposición de la detención o encarcelamiento preventivo, la medida cautelar personal debe ser la de comparecencia restrictiva y con obligatoria imposición de una caución al imputado. La caución, además, está sujeta a reglas fijas. Así tenemos:

1. La caución para el tipo penal básico y el agravado de defraudación tributaria, así como para el delito contable, está sujeta a las reglas generales sobre la materia impuestas en el Código Procesal Penal.

2. Para las modalidades especiales de defraudación tributaria, la caución asciende al 30% del monto de la deuda tributaria actualizada, con exclusión de las multas.

**3.** Para el delito de obtención fraudulenta de exoneraciones tributarias, la caución será no menor al monto efectivamente dejado de pagar, de acuerdo a la estimación que de éste realice la Administración. Para el supuesto de anulación o provocación de insolvencia patrimonial, la caución será no menor al 50% del monto de la deuda tributaria actualizada, con exclusión de la multa.

**4.** No obstante las reglas anteriores y en todos los casos, la caución está sujeta a un monto mínimo, que es fijado por la Administración.

**5.** Si se ha cumplido con el pago de la deuda tributaria actualizada, el monto de la caución se fijará de acuerdo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, así como a las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.

**6.** En casos de concurso de personas, el partícipe abonará un monto por caución no menor del 10% que la que corresponda al autor o coautores. Si existe pluralidad de autores y partícipes, la caución será solidaria entre todos ellos.

En los casos de libertad provisional, el monto dc la caución se rige por las mismas reglas fijadas anteriormente para el caso de la comparecencia caucionada.

Ahora bien, es del caso recordar lo señalado en el capítulo respectivo: **a)** que el derecho a la libertad individual (art. 2º.24 Const.) está garantizada por la Ley Fundamental; **b)** que el estado normal de un ciudadano sometido a proceso penal es la libertad, la cual puede subordinarse a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio (art. 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); **c)** que las medidas cautelares personales tienen como objetivo garantizar la efectividad de la potestad jurisdiccional, las cuales están sujetas a dos grandes presupuestos materiales: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, siendo este último presupuesto lo que diferencia una medida cautelar de una medida ejecutiva y, en todo caso, justifica este tipo de instituciones procesales, puesto que la coerción procesal debe ser compatible con el principio de estado de inocencia, garantizado en el art. 2º.24.'e' de la Constitución; **d)** que el estado de inocencia, base y sustento del "peligrosismo procesal", es el que –sustentado en el principio de proporcionalidad– regula la intervención estatal contra los derechos individuales de las personas con fines cautelares y, es de insistir, permite sostener la legitimidad tanto de la detención como de sus alternativas,

en este caso, la caución y la propia libertad provisional; y, e) que, es de rigor enfatizarlo, su imposición está determinada, caso por caso, por la presencia de una perturbación de la actividad probatoria o de un fundado riesgo de fuga, siendo de competencia judicial decidir cuándo se dan o acreditan los presupuestos que las habilitan, por lo que el legislador no puede invadir lo que es propio de la jurisdicción: definir hechos y subsumirlos en las normas jurídicas (arts. 43º *in fine* y 139º.1 de la Constitución).

A partir de lo expuesto es posible asegurar, siguiendo a Daniel R. PASTOR [43], que:

1. Es inconstitucional toda regla que establezca obligatoriamente la privación de libertad del imputado o fije condiciones imperativas para el aseguramiento de la libertad procesal que no se relacionan con una situación de peligrosismo procesal, pues ello repugna con la regla de prohibición de aplicar penas sin juicio previo.

2. La obligación abstracta de asegurar siempre bajo caución real los compromisos procesales, como es el caso de la Ley Penal Tributaria, es inconstitucional también porque únicamente de la prueba del caso puede surgir la necesidad, racionalmente fundada, de que una situación de peligrosismo procesal deba ser neutralizada de determinado modo. Una tal disposición usurpa a favor del legislador la función judicial que con exclusividad compete a los jueces.

3. Es, asimismo, inconstitucional correlacionar el monto de la caución con el monto del perjuicio, toda vez que la única función atribuible a la detención y a sus alternativas es asegurar los fines de la acción penal y no los fines del procedimiento para la obtención del resarcimiento del daño causado con el delito, ya que para asegurar esos fines existe el embargo y el secuestro de bienes, según el caso. En la Ley Penal Tributaria se da una situación aún más singular: el monto de la caución, en todo caso, es el señalado por la Administración, de donde resulta que el criterio de una parte es vinculatorio al juez, con lo que se vulnera no sólo el principio de exclusividad jurisdiccional sino el de igualdad procesal, ambos de raíz constitucional.

---

[43] PASTOR, Daniel R.: «Libertad bajo caución en el proceso por delito fiscal», en: AA.VV.: *El derecho penal hoy*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 420–422.

4. En suma, lo que se lesiona con el Título II de la Ley Penal Tributaria nacional es el principio del debido proceso (art. 139º.3 Const.), vulneración que implica la inobservancia de su manifestación más importante, el trato de inocente, a través de la aplicación, anterior al juicio y a la condena, de medidas restrictivas de la libertad del imputado que significan, también, la anticipación de la condena civil.

La caución, como ya se dejó anotado, no está en función a la magnitud del perjuicio y menos su monto puede ser delimitado por una parte procesal. Su objeto es garantizar la comparecencia del imputado cuando fuere llamado o citado por el Juez que conozca de la causa; y, para fijar su monto, como enseña CHICHIZOLA [44], se debe tener en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y los antecedentes del proceso, y todas las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad; de igual manera, en todos los casos debe atenderse muy especialmente a la posición económica o medio de vida del procesado, para no exigir una caución de imposible realización haciendo ilusoria la excarcelación.

## 4. EL PROCEDIMIENTO PENAL ADUANERO

Dos son las reglas especiales que incorpora el procedimiento penal aduanero. La primera está vinculada a la titularidad de la investigación y a la función de la policía. La segunda a la medida cautelar real de secuestro o incautación.

### *A. La investigación del delito aduanero*

A diferencia del procedimiento penal tributario, la investigación del delito aduanero no le corresponde a la Superintendencia Nacional de Aduanas–ADUANAS ni existe formalmente una fase preprocesal administrativa de investigación del delito. Adicionalmente, se han configurado limitaciones a la intervención policial, la cual no puede actuar de oficio y al margen de ADUANAS. En efecto, la Segunda Disposición Complementaria de la Ley General de Aduanas –Decreto Legislativo Nº 809–, de 19 de abril de 1996, establece que los órganos de la Policía Nacional sólo podrán intervenir auxiliarmente en actividades relaciona-

[44] CHICHIZOLA, Mario I.: *La excarcelación*, La Ley, Buenos Aires, 1963, pp. 109–110.

das con funciones y materia aduaneras, mediante investigaciones y pesquisas, previo requerimiento y coordinación con las Autoridades Aduaneras, informando a éstas del resultado de sus acciones.

Por otra parte, el art. 23º de la Ley de Delitos Aduaneros prescribe que corresponde al Ministerio Público dirigir la investigación de los delitos aduaneros con el apoyo de las autoridades competentes; en tal virtud, las denuncias o intervenciones de oficio serán puestas, en el día, en conocimiento del Ministerio Público bajo responsabilidad.

Es obvio que el art. 159º.4 de la Constitución atribuye al Ministerio Público la conducción desde su inicio de la investigación del delito, en mérito a lo cual la Policía Nacional está obligada a cumplir sus mandatos. Sin embargo, esta norma requiere el desarrollo legal correspondiente, a fin de terminar con la figura del Juez Instructor como director de la investigación del delito y transformar al órgano jurisdiccional radicándolo en funciones de enjuiciamiento, de control del ejercicio de la acción penal y de la pretensión penal y de autorización de medidas limitativas de derechos. En tal virtud, la norma en mención debe ser interpretada limitativamente, entendiendo al Fiscal como conductor de la investigación preliminar o preprocesal del delito y director jurídico funcional de la Policía Judicial y de las demás autoridades, como ADUANAS, que realizan acciones de aseguramiento de pruebas e identificación de los presuntos responsables. Ello significa que toda intervención de búsqueda de evidencias o de ubicación e identificación de presuntos implicados en delitos aduaneros debe contar con el conocimiento, control y, de ser el caso, intervención y conducción del Fiscal. Es de recordar que el art. 9º de la LOMP otorgaba al Ministerio Público una función de orientación y control, distinta a la función de órgano ejecutivo que parece acordarle la Constitución vigente [45].

El Ministerio Público no sólo orientará las investigaciones realizadas por ADUANAS y por la Policía Nacional, esto es, las encaminará en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y supervigilará sus actividades de investigación para que se cumplan las disposiciones legales a fin de ejercer oportunamente la acción penal y que no se lesionen los derechos de las partes (art. 9º, LOMP), sino que él mismo podrá realizar

[45] Cfr.: HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público*, EDDILI, Lima, 1981, p. 44.

actuaciones de investigación y se servirá de la Policía Nacional para que lo auxilie en lo que corresponda; si interviene en una investigación preliminar, no será como simple colaborador o contralor sino que debe asumir su ejecución.

Culminadas las investigaciones preprocesales, el Fiscal decidirá si promueve o no la acción penal (art. 94º.2 LOMP) y, en su caso, se seguirá el proceso penal según las pautas del Código de Procedimientos Penales para el procedimiento común ordinario. El art. 13º permite entender que la investigación a que se refiere el art. 23º es la preprocesal, pues de otro modo no puede hacer mención a la frase "...al Fiscal, para que proceda a formalizar la denuncia".

*B. El secuestro o incautación*

El art. 12º de la Ley de Delitos Aduaneros autoriza al Fiscal a ordenar la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte y efectos que constituyan objeto del delito. El art. 18º precisa que tratándose de medios de transporte, la incautación procederá especialmente cuando se encontrare acondicionado o presentare modificaciones en su estructura con la finalidad de transportar mercancías de procedencia ilegal; si tiene la condición de bien inmueble, se dispondrá su inmovilización (como norma de comparación o referencia es de tener presente el art. 167º del Código de 1991, que precisa que la inmovilización opera cuando se trata de cosas muebles que por su naturaleza o dimensión no pueda ser puesta y mantenida en depósito). Estos bienes no quedan en poder de la Fiscalía o del Juez de la causa, sino a cargo de ADUANAS, que tendrá su custodia hasta que se expida auto de sobreseimiento, sentencia absolutoria o fallo condenatorio, proveniente de resolución firme, que ordene el decomiso o disponga su devolución al propietario.

Se entiende, *en primer lugar*, que la incautación por disposición del Fiscal sólo procede en la fase preprocesal de investigación del delito, puesto que iniciado el proceso penal con el auto de apertura de instrucción, la titularidad corresponde indiscutiblemente al Juez Penal; y, *en segundo lugar*, que sólo puede entenderse como una excepción al principio de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares, únicamente tolerable en el supuesto de *urgencia*, esto es, cuando existe peligro por la demora (imposibilidad de conseguir previamente una orden judicial unida el temor fundado de que si no afecta el bien, éste se puede perder a los fines del proceso) o flagrancia delictiva (intervención en el momen-

to en que se está introduciendo al país o transportando la mercancía ingresada ilegalmente al país). El principio de proporcionalidad exige que toda limitación de derechos fundamentales –en el presente caso se afecta el derecho de propiedad– sea impuesta por el juez mediante decisión motivada, por lo que el Fiscal sólo puede adelantarse a esta medida, a condición de que inmediatamente el Juez decida sobre su legalidad y conducencia mediante resolución confirmatoria expresa o, en todo caso, al pronunciarse sobre la admisión o inadmisión del procedimiento penal.

Una vez que se proceda a la incautación o secuestro de los bienes, el Intendente de Aduana procederá al avalúo y reconocimiento físico, cuyos resultados comunicará de inmediato al Fiscal. El art. 14º estatuye que se dictará el decomiso de los bienes incautados (mercancías provenientes del delito aduanero y de los instrumentos con los que se hubiere ejecutado, art. 102º del Código Penal), a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes. El remate se producirá después de resuelto el decomiso y correrá por cuenta de ADUANAS (art. 15º), salvo que se trate de bienes perecibles, los que serán adjudicados directamente por ADUANAS a las entidades del Estado e instituciones asistenciales, educacionales o religiosas sin fines de lucro, con conocimiento del Fiscal y del Juez de la causa (art. 17º).

El art. 16º de la Ley, desarrollada por el art. 6º del Reglamento (Decreto Supremo Nº 121–95–EF), permite el remate por ADUANAS de las mercancías incautadas, antes de la sentencia firme, si es que transcurren seis meses contados a partir de la fecha de su incautación. Esta norma, según se comentó en un caso similar en el delito de tráfico ilícito de drogas, carece de legitimidad constitucional pues vulnera el derecho a la presunción de inocencia y no toma en cuenta la posición del imputado afectado con una medida que muy bien puede resultar ilegal. El hecho de que el dinero producto del remate se deposite en un Banco generando los intereses respectivos y, de mediar sentencia absolutoria, se entregue al imputado, en nada limpia dicha norma de su vicio de origen.

El art. 9º del Reglamento permite la incineración o destrucción inmediata por ADUANAS de los cigarrillos y licores en comiso, así como de las mercancías que atenten contra la salud, la moral o el orden público establecido. Respecto del primer extremo, tal norma no es razonable por lo anotado líneas arriba; y, en cuanto a lo segundo, tal decisión debería contar con la aprobación judicial, única forma de garantizar su legitimidad.

## 5. LAS MODIFICACIONES PROCESALES DE LA LEY Nº 27038

### *A. Introducción*

La Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998, desde el punto de vista procesal penal incorpora tres reformas muy puntuales al ordenamiento procesal penal-tributario. Asimismo, y compatible con las razones que determinaron la reforma tributaria, en su Décimo Tercera Disposición Final, instituye para las investigaciones tributarias y procesos en trámite, hasta el 31 de marzo de 1999, una causal de excepción de responsabilidad penal de carácter temporal, aunque con mayor aproximación a su naturaleza puede calificarse de una amnistía *sui generis*.

**1.** La *primera reforma* (art. 189º del Código Tributario) asume los modernos lineamientos político criminales en materia de tributación, introduciendo al efecto una exención de responsabilidad penal, cuando el agente *regulariza su situación tributaria* -pagando la totalidad de la deuda tributaria, o en su caso, devolviendo el reintegro indebidamente percibido o cualquier otro beneficio tributario- antes que se inicie la investigación fiscal o, a falta de ésta, antes que el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.

**2.** La *segunda reforma* (art. 192º del Código Tributario) introduce una obligación, muy singular por cierto, de notificación al órgano jurisdiccional. Éste debe disponer, bajo responsabilidad, se notifique al Organo Administrador del Tributo, de todas las resoluciones, tales como informe pericial, dictamen del Ministerio Público e informe final (¡sic!) que se emitan durante la tramitación del proceso penal tributario.

**3.** La *tercera reforma* (art. 2º del Decreto Legislativo Nº 815, derecho penal premial tributario) precisa los alcances de la exclusión de pena para el cómplice o instigador del delito tributario cuando se acoja a este beneficio antes de la fecha de presentación de la denuncia por el Organo Administrador del Tributo, o a falta de ésta, antes del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. En este caso, el beneficiado será considerado testigo en el proceso penal.

**4.** La *norma temporal* (Décimo Tercera) se concreta a extender la exención de responsabilidad penal a los casos en trámite, en sede administrativa o judicial. Esta norma rige hasta el 31 de marzo de 1999 y está condicionada: *primero*, a que el Organo Administrador del Tributo esta-

blezca el monto a regularizar y éste sea cancelado, y, *segundo*, a que se cumplan las condiciones específicas de acogimiento, las cuales se precisarán en un Decreto Supremo. Dos son las situaciones contempladas: **a)** cuando se trate de personas sujetas a investigación administrativa o fiscal, antes que se haya ejercido acción penal en su contra, éstas podrán acogerse a lo dispuesto en el art. 189º del Código Tributario y lograr el archivo de las actuaciones; y **b)** cuando se trate de personas procesadas penalmente, antes que el fiscal superior formule acusación, éstas podrán acogerse a la excusa absolutoria arriba señalada. Esta norma, propiamente, constituye una amnistía condicionada a la satisfacción del interés recaudatorio estatal.

*B. La exención de responsabilidad penal*

Es habitual en el derecho comparado, como apuntan Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, dotar de efectos excluyentes o al menos atenuatorios de posibles sanciones a la satisfacción de la deuda tributaria por parte de quien ha defraudado, siempre que concurran una serie de requisitos, normalmente la espontaneidad [45 *bis*].

El nuevo texto del art. 189º del Código Tributario asume esta institución, siendo su característica más saltante, por la forma en que está redactada, a diferencia de una excusa absolutoria o causa de cancelación de pena que, en puridad, se circunscribe exclusivamente al autor del delito u obligado tributario, la extensión de la impunidad o cancelación de pena a todos los involucrados en el hecho (cómplices e instigadores), lo que es conforme a la justicia material, puesto que dejar impune al principal, es decir, a quien tiene el dominio del hecho, y sancionar a quien ha tenido una intervención secundaria o accesoria, lesiona sensiblemente la idea de igualdad y el principio de proporcionalidad. Asimismo, por su redacción, la norma en referencia está destinada a satisfacer el interés recaudatorio estatal, obviamente luego de la consumación del delito tributario. A diferencia del modelo español (véase al respecto el art. 305º.4 del nuevo Código Penal español), que la concibe como una excusa absolutoria inserta en el ámbito del derecho penal material, la ley nacional aparentemente la trata como una causal de improcedencia de la acción penal.

[45 *bis*] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona, 1994, p. 108.

No obstante tal redacción, es de precisar que la naturaleza jurídica de esa causal es de carácter *material* y no procesal. No se está ante una condición de procedibilidad sino ante una causa de cancelación de pena, condicionada al pago de la deuda tributaria, de la multa y del interés generado; es una cláusula de regularización tributaria *ex post factum*, con efectos liberatorios de la sanción penal.

La norma concibe la causal desde una exclusiva perspectiva objetiva. La regularización debe producirse, en principio y de modo general, antes de que la administración tributaria notifique al obligado cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas. Ello significa, al decir de Fermín MORALES PRATS, que la regularización ha de haberse llevado a cabo en forma voluntaria [45 ter]; la voluntariedad se presume en tanto se regularice la situación tributaria antes de la notificación de actuaciones de fiscalización.

Esta norma, sin embargo, adolece de una grave incorrección técnica y político criminal, pues permite la exención de responsabilidad penal cuando la regularización se realiza antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal del Ministerio Público, lo cual implica que el denunciado ha sido previamente objeto de una investigación administrativa y de procedimientos de fiscalización, dado que el delito tributario en nuestro sistema legislativo es semipúblico y no público, como es el caso del modelo español. La base de esa norma, en el modelo español, es la persecución de oficio del delito, de ahí que su inclusión en España tenga cierta coherencia, pero resulta absurdo que se incorpore en el nuevo texto del art. 189º del Código Tributario obviando lo dispuesto por el art. 8º de la Ley Penal Tributaria. Por lo demás, la investigación fiscal es una de las tres posibilidades que tiene el Ministerio Público ante la noticia criminal hecha valer por la Administración Tributaria, pues muy bien puede archivar las actuaciones o formalizar la denuncia penal (promover la acción penal); la falta de coherencia es patente al respecto.

Resulta interesante, asimismo, la *vis* atractiva del delito tributario con otros delitos instrumentales o mediales, tales como "...las posibles

---

[45 ter] En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director); VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coordinador) *et. al.*: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 759.

irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización". De no haber sido así, los efectos liberatorios se hubieran comprometido o mermado seriamente, pues el delito tributario está asociado por lo general con falsedades documentales.

*C. La notificación al Órgano Administrador del Tributo*

El art. 192º del Código Tributario no sólo reconoce a la Administración Tributaria la facultad discrecional de formular denuncia penal ante el Ministerio Público, sino que además impone una carga al órgano jurisdiccional que desvirtúa el procedimiento penal. En efecto, impone al juez la obligación de notificar las resoluciones emitidas en el curso del proceso penal, incluyendo informes periciales y los informes finales del fiscal provincial y del juez penal, no obstante que la ley permite a dicha entidad a constituirse en parte civil al considerarla parte agraviada (arts. 7º de la Ley Penal Tributaria y 179º, tercer párrafo, del Código Tributario), siendo tal parte procesal con quien debe entenderse la jurisdicción.

La perspectiva de dicha norma es equívoca, pues tergiversa la función de la jurisdicción y, en especial, del proceso. Si la Administración Tributaria es la denunciante, si por ley se le debe considerar como agraviada y si está expresamente facultada para constituirse en parte civil, carece de racionalidad que se imponga al juez la obligación de notificación directa de los actos procesales a la Administración. Ello importa una relación impropia de la jurisdicción con la administración, que inclusive puede lesionar el debido proceso al afirmar la sobrepresencia de una de las partes en desmedro de la posición jurídica del imputado.

*D. La participación del colaborador*

El Decreto Legislativo Nº 815, como luego se estudiará, es una de las varias normas que integran el derecho penal premial nacional. En el derecho penal tributario se reconoce un procedimiento por colaboración eficaz, cuya nota singular es que al partícipe se le puede excluir de pena (el autor sólo puede obtener el beneficio de la reducción de pena), en tanto brinde información privilegiada que permita evitar la comisión del delito en que interviene, promover su esclarecimiento si está consumado o procurar la captura de los que han intervenido en su comisión.

El citado Decreto Legislativo permite la incoación de este procedimiento especial según las fases de su persecución. La ley analizada intro-

duce una simple precisión, que resulta evidente: si el acogimiento al beneficio se produce antes de la presentación de la denuncia del Organo Administrador del Tributo y el partícipe obtenga la exención de pena, será considerado como testigo en el proceso penal que se instaure merced a su colaboración eficaz. Esta norma es redundante toda vez que si el proceso penal se instaura en virtud de determinadas informaciones, quien las emitió debe someterse al contradictorio, pues de otra forma lesionaría el derecho de defensa del imputado y la garantía genérica del debido proceso.

## VI. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TERRORISMO "CLÁSICO"

### 1. ASPECTOS GENERALES

La legislación antiterrorista en cuanto eje del sistema penal de la emergencia precedió, desde el punto de vista de su sistematización y de las instituciones que modificó, al conjunto de normas procesales restrictivas de los derechos fundamentales y garantías constitucionales que fueron surgiendo en el país a partir de 1992, aunque con antecedentes desde la propia restauración de la democracia en 1980, las cuales se construyeron a su "imagen y semejanza". La emergencia penal tuvo su asiento en el combate contra el terrorismo e importó, como se sabe, la adopción progresiva de una legislación a medida de las exigencias de los órganos de seguridad en relación a las características y desarrollo que iba adoptando el fenómeno terrorista.

La norma base del control penal antiterrorista es el Decreto Ley Nº 25475, de 6 de mayo de 1992, que definió el delito de terrorismo sobre la base de tres requisitos: **a)** respecto al comportamiento típico, el sujeto activo debe realizar tanto actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, cuanto actos contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier ogro bien o servicio; **b)** en lo atinente a los medios delictivos, el sujeto activo debe utilizar cualquier medio capaz de causar estragos o grave perturbación a la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado (el empleo de armamento, materias o artefactos explosivos, se citan a manera de ejemplo); y, **c)** la conducta cometida

debe provocar (incitar a terceros) crear (iniciar algo) o mantener (sustentar o alimentar lo preexistente) un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella [46].

Sobre este presupuesto material se estructuró un procedimiento penal excepcional que descansa en el procedimiento común ordinario, introduciendo las siguientes reglas especiales: **1.** Amplió los poderes de intervención policial, radicándolas en la Dirección Nacional Contra el Terrorismo–DINCOTE, a la que otorgó facultades coercitivas inusitadas, al punto de adoptar la detención preventiva como regla del modelo de investigación, reduciendo a su vez el poder de dirección jurídico funcional del Ministerio Público. **2.** Instauró una jurisdicción nacional para la investigación y enjuiciamiento de estos delitos, derogando el principio *forum delicti comissi*, aunque paralelamente definió una competencia judicial de nivel regional, radicándola en las Cortes Superiores que cuentan con no menos de tres Salas Penales. **3.** Adoptó la detención o prisión provisional obligatoria y limitó severamente las excarcelaciones, salvo la libertad incondicional, la cual requería para su ejecución la consulta obligatoria al Superior Tribunal. **4.** Limitó el derecho de defensa y los principios acusatorio y contradictorio, al reducir los plazos de la instrucción y de las etapas intermedia, de enjuiciamiento y recursal, al prohibir la declaración de los policías que han intervenido en las investigaciones, al impedir la recusación y al permitir la condena en ausencia. **5.** Dispuso que el enjuiciamiento se realice en los Establecimientos Penales y no en las Salas de Audiencia, excluyendo por completo la garantía específica de la publicidad del debate.

Originariamente este subsistema normativo impuso la perversa figura del "Juez y Fiscal sin Rostro", felizmente eliminada por la Ley Nº 26671, de 12 de octubre de 1996, que señaló su terminación a partir del 15 de octubre de 1997. Igualmente, prohibió a los abogados patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional, disposición que fue derogada por la Ley Nº 26248, de 25 de noviembre de 1993. También estableció que en sede policial la intervención del abogado se produciría al momento de la manifestación policial y no antes, restric-

[46] BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 560.

ción que fue derogada por la Ley Nº 26447, de 21 de abril de 1995. Por último, el originario Decreto Ley Nº 25475 estatuyó que las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y cualquier otra articulación se resolvería en el principal con la sentencia, disposición que también fue derogada por la Ley Nº 26248.

Dos normas coronaron el control penal antiterrorista: **1.** El Decreto Ley Nº 25728, de 18 de setiembre de 1992, que permitió la condena en ausencia. **2.** El Decreto Ley Nº 25659, de 13 de agosto de 1992, cuyo art. 6º prohibió las acciones de hábeas corpus de los implicados o procesados por estos delitos. Ambas normas fueron derogadas por la Ley Nº 26248, la que estableció un circuito judicial propio para las acciones de hábeas corpus, modelo especial que al igual que el general instaurado por la Ley Nº 23506 fue reordenado por el Decreto Legislativo Nº 900, de 29 de mayo de 1998.

Otra característica del subsistema antiterrorista es la apuesta masiva por la justicia militar. Para estos efectos creó la figura penal del delito de traición a la patria, en rigor, figuras especialmente agravadas del delito de terrorismo (Decretos Leyes Nº 25659, de 13 de agosto de 1992, y 25880, de 26 de noviembre de 1992, así como la Ley Nº 26508, de 21 de julio de 1995), a la que se aplicó el procedimiento sumario del Código de Justicia Militar para los juicios en el Teatro de Operaciones (Decreto Ley Nº 25708, de 10 de setiembre de 1992) y el mismo modelo restrictivo en la investigación policial (Decreto Ley Nº 25744, de fecha 27 de setiembre de 1992).

## 2. La investigación policial

Según el art. 1º del Decreto Ley Nº 25744, de 27 de setiembre de 1992, corresponde a la Dirección Nacional Contra el Terrorismo de la Policía Nacional la investigación de los delitos de terrorismo y de traición a la patria. El art. 12º del Decreto Ley Nº 25475 le entrega una serie de atribuciones excepcionales, que vienen a añadirse a las ordinarias que le reconoce el Código de 1940.

La primera atribución excepcional está relacionada con los límites reglamentarios impuestos al personal policial. Dicho personal actuará "...sin ninguna restricción que estuviere prevista en sus reglamentos institucionales" (inc. 'a'), lo que significa que la cobertura de acción policial es muy amplia tanto desde la perspectiva territorial cuanto de la funcional.

La defensa de la legalidad en sede policial está concebida muy restrictivamente, pues se limita a la presencia del Fiscal durante la investigación policial (inc. 'b'), que las más de las veces consiste en intervenir limitadamente en la manifestación policial con un papel marcadamente secundario. Esta norma oculta por completo no sólo lo que dispone la Ley Orgánica del Ministerio Público en materia de vigilancia e intervención en la investigación del delito (art. 9º), sino esencialmente lo que prevé la Constitución en materia de dirección jurídico funcional de la actuación policial (art. 159º.4).

La DINCOTE está autorizada a detener a los presuntos implicados por un término no mayor de 15 días naturales, dando cuenta por escrito y en el plazo de veinticuatro horas al Ministerio Público y al Juez Penal correspondiente (inc. 'c'). Esta norma tiene dos defectos notorios: *en primer lugar*, no reitera la norma constitucional en el sentido que por tratarse de una medida cautelar personal provisionalísima, su imposición –a nivel de imputación– requiere flagrancia delictiva, única forma constitucionalmente legítima de admitirla; y, *en segundo lugar*, no desarrolla como corresponde el adecuado control fiscal y judicial, como lo hace el art. 109º del Código de 1991, que es el modo mínimamente proporcional para tolerar un sistema tan amplio de detención policial, de dudosa aceptación en sede internacional.

La Policía, cuando las circunstancias lo requieran y la complejidad de las investigaciones así lo exija para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados podrá disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por el máximo de ley (10 días, a tenor del art. 133º del Código de 1940), con conocimiento del Fiscal y del Juez. La detención incomunicada como se sabe es la forma más grave de ejecutar la detención, por lo que requiere expresa habilitación constitucional (art. 2º.24.'g' Const.) y, de no existir excepción constitucional expresa, orden judicial fundada. La Constitución autoriza a la policía a detener de oficio sólo en flagrancia delictiva, pero no a incomunicar a los detenidos en sede policial, por lo que la medida dispuesta por la ley antiterrorista resulta irrazonable, desproporcionada e inconstitucional. Sólo el Juez, a pedido del Ministerio Público, puede caso por caso autorizar la incomunicación.

Finalmente, la Policía está autorizada a disponer, por sí misma, el traslado del detenido tanto para esclarecer mejor los hechos cuanto como medida de seguridad cuando el detenido evidencie peligrosidad. Esta medida sólo debe ponerla en conocimiento del Fiscal y del Juez. De

igual manera, el traslado tiene efectos muy sensibles en el derecho de defensa del imputado cuando en el necesario control fiscal y judicial, de ahí que por su gravedad requiere necesariamente mandato judicial, tal como lo impone el art. 109º del Código de 1991.

### 3. REGLAS ESPECIALES EN MATERIA DE INSTRUCCIÓN Y ENJUICIAMIENTO

#### *A. El procesamiento penal*

La ley parece indicar que formalizada la denuncia del Ministerio Público el juez necesariamente debe abrir instrucción. Empero, este modo de entender la norma es irrazonable, puesto que tanto el Fiscal cuanto el Juez, en su condición de autoridades jurídicas, están autorizados a calificar la procedencia de una acción penal a partir de las investigaciones realizadas por un auxiliar suyo, como es la Policía.

De dictarse auto de apertura de instrucción, la ley impone el mandato de detención como medida cautelar personal obligatoria en esta clase de delitos. Sin embargo, como ya se dejó sentado, no es posible entender de esa forma tal precepto, pues violaría el principio de proporcionalidad y, esencialmente, las garantías de exclusividad judicial y de motivación, así como de presunción de inocencia, todas ellas de raigambre constitucional. Toda medida cautelar exige, desde el punto de vista del presupuesto material, el *fumus boni iuris*: que esté acreditado el delito imputado y que exista fundada sospecha o verosimilitud de vinculación del encausado con el delito dado por acreditado; y, el *periculum in mora*: que se trate de un delito grave y que exista peligro de fuga o de entorpecimiento. Estos presupuestos deben ser apreciados en concreto por el Juez, sobre la base de los recaudos probatorios, y luego razonados adecuadamente en la correspondiente resolución judicial. Por consiguiente, la Ley no puede sustituir al juez en esta exigencia de análisis de los presupuestos y de los alcances de las pautas legales, puesto que negaría la necesidad de motivación e invadiría fueros exclusivamente judiciales con vulneración al estado de inocencia.

De igual manera, la ley impone la prohibición de excarcelaciones basadas en la ausencia o decaimiento gradual del *periculum in mora* o en la idea de temporalidad (libertad provisional y libertad por exceso del plazo de detención: Decreto Ley Nº 25916, de 2 de diciembre de 1992), que por tener su fundamento en el derecho constitucional a la libertad resultan ilegítimas. Sin embargo, permite la libertad basada en la idea

de ausencia de *fumus boni iuris*, que es la libertad incondicional, aunque la somete al trámite de la consulta obligatoria y a su aprobación para la excarcelación del imputado. Paralelamente exceptúa del plazo de caducidad impuesto por el art. 136º, segundo párrafo, del Código de 1991, las requisitorias por delitos de tráfico ilícito de drogas y terrorismo (Decreto Ley Nº 25660, de 13 de agosto de 1992).

En cuanto a las medidas cautelares de secuestro o incautación de bienes vinculados al delito (art. 102º del Código Penal), la Sétima Disposición Final del Decreto Ley Nº 25475 estipuló que dichos bienes "...serán puestos a disposición de la DINCOTE para su cuidado y administración. Si se dictara sentencia condenatoria contra los propietarios encausados, consentida y ejecutoriada que sea ésta, los bienes incautados pasarán definitivamente a propiedad del Estado y serán afectados a los organismos públicos responsables de la defensa de la sociedad". Como se sabe, la regla general es que los bienes incautados se custodian por el órgano jurisdiccional y, luego, de dictarse condena firme, se rematan (arts. 59º y 171º del Código de 1940 y Resolución Administrativa Nº 057–93–CE–PJ, de 15 de noviembre de 1993).

La etapa de instrucción está sujeta a un plazo de 30 días naturales, prorrogables a 20 días adicionales a pedido del Ministerio Público y siempre que lo exija el número de inculpados o que las diligencias no realizadas resulten sustanciales. Similar restricción de los plazos o idea de sumariedad se advierte durante las etapas intermedia y de enjuiciamiento, pues el Fiscal debe pronunciarse en el plazo de tres días y el juicio oral debe realizarse en audiencias diarias y consecutivas hasta su conclusión dentro del término máximo de quince días naturales. El recurso de nulidad también se resuelve en términos brevísimos: el Fiscal dictamina en el plazo de tres días y la Corte resuelve en el plazo de quince días de recibidos los autos. Ello conspira con la idea de certeza y de justicia, pues en delitos complejos cometidos por individuos altamente ideologizados amparados en una estructura organizativa cerrada y compartimentalizada no es posible optar por la rapidez como sinónimo de eficacia; y, por cierto se ha visto comprobado por lo que significó, ante el clamor nacional, la conformación de una Comisión Ad Hoc encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del indulto, para quienes se encuentren condenados por delitos de terrorismo y de traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes (Ley Nº 26655, de 17 de agosto de 1996).

Existen tres reglas de excepción que perfilan un modelo sesgado de control de la criminalidad y conspiran contra la idea de una justicia cumplida, justa y equitativa. La *primera regla* es la limitación del derecho a la contraprueba, al establecerse la prohibición de llamar como testigos a los policías que intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial, lo que vulnera un elemento esencial que integra el derecho de defensa establecido en el art. 14º.3.'e' del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La *segunda regla* es la imposición absoluta, en todos los casos, de la privacidad de los juicios. La Constitución y, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permiten, en determinados casos, que deben razonar mediante decisión fundada los tribunales, la privacidad de los juicios. Los motivos que la habilitan son: la moral, el orden público, la seguridad nacional en una sociedad democrática, el interés de la vida privada de las partes o, de modo general, el peligro de perjuicio a los intereses de la justicia. Pero en estos casos, por respeto al principio de proporcionalidad, el juez debe evaluar si se presentan algunos de estos motivos, amén de decidir su extensión e intensidad, por lo que el legislador no puede reemplazar la función judicial de determinación de los motivos e imponer al juez, invadiendo de lo que es de su exclusiva incumbencia, una decisión determinada. Ello importa, en consecuencia, la vulneración de lo dispuesto en el art. 139º.1 de la Constitución.

La *tercera regla* es la prohibición de recusar a los Magistrados y auxiliares de justicia intervinientes en el procedimiento. La recusación, como ya se anotó, garantiza a las partes la objetividad e imparcialidad del juez y, como tal, integra la noción de independencia judicial, por lo que su limitación lesiona el debido proceso (art. 139º.3 Const.) y no permite un juicio justo y equitativo.

La instrucción y el enjuiciamiento se lleva a cabo en ambientes especialmente habilitados de los Establecimientos Penales (arts. 14º y 16º).

Finalmente, la Ley Nº 26697, de 3 de diciembre de 1996, incorporó una causal excepcional de sobreseimiento, que posteriormente se extendió a toda clase de procedimientos y delitos por la Ley Nº 26832, de 3 de julio de 1997, que modificó el art. 51º del Código Penal referido al denominado "concurso real retrospectivo".

La primera norma establece que "cuando el agente se encuentre cumpliendo condena efectiva impuesta por el Fuero Privativo Militar,

por delito de terrorismo o de traición a la patria, con más de veinticinco años de pena privativa de libertad y, a su vez el infractor, tenga otro proceso penal en giro de igual o de distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la aplicada, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, el órgano jurisdiccional o los sujetos del proceso, solicitarán copia certificada del fallo ejecutoriado y en mérito de la misma, dicho órgano jurisdiccional dictará el sobreseimiento definitivo de la causa pendiente y ordenará archivarla".

Como puede apreciarse este motivo excepcional de sobreseimiento tiene muy estrechos campos de aplicación: **a)** traza una relación entre penas superiores a veinticinco años de privación de libertad por delitos de traición a la patria y terrorismo (llama la atención que se refiera al delito de terrorismo al no ser de competencia del fuero castrense) y su imposición por la justicia militar; **b)** vincula el segundo delito a uno que sea de igual o distinta naturaleza (no tiene sentido tal diferencia, si a final de cuentas engloba todo hecho punible) que merezca una pena inferior a la impuesta en el primer proceso; y, **c)** el sobreseimiento se dictará cualquiera sea el estado de la causa, previa revisión de la copia certificada del primer fallo firme.

La Ley Nº 26832 es, sin duda alguna, más amplia y se sustenta en razones prácticas derivadas la asunción del principio de absorción para la fijación de las privativas de libertad –las más importantes del sistema punitivo [47]–. Ahora bien, señala esta ley como requisitos para el sobreseimiento: **a)** que se trate de un concurso real retrospectivo, es decir, que el nuevo delito, cometido antes del fallo condenatorio, sin interesar su penalidad o el bien jurídico vulnerado, se descubra después de que la condena por el primer delito quede ejecutoriada, no interesando al efecto que el segundo delito sea de igual o distinta naturaleza al que fue objeto de condena firme; **b)** que la pena que merezca el nuevo delito, considerada en abstracto desde la conminación penal prevista en el tipo penal respectivo, sea inferior a la impuesta al delito objeto de condena firme; y, **c)** que el sobreseimiento se dictará, de oficio o a petición de parte, cualquiera sea el estado de la causa y previa revisión de la copia certificada del primer fallo firme.

[47] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 590.

El párrafo final de la Ley en mención prevé que si el hecho punible descubierto mereciere una pena superior a la aplicada, el condenado será sometido a un nuevo proceso y se impondrá la nueva pena correspondiente. El Primer Pleno Jurisdiccional de Vocales Superiores Penales (Arequipa, diciembre de 1997), mediante Acuerdo Plenario Nº 7/97, de 16 de diciembre de 1997, estableció que si se trata de penas que merezcan igual sanción debe procederse al juzgamiento, aplicando las reglas de la Ley Nº 10124.

*B. Jurisdicción y competencia*

El art. 17º estipula que los magistrados asumen competencia a nivel nacional sin observar el lugar de la comisión del hecho delictuoso, es decir, se deroga el principio del *forum delicti comissi* como fuero esencial para el conocimiento judicial de los delitos, lo que de por sí es censurable, pues el cambio de radicación dispuesto por ley sin motivo razonable alguno lesiona el derecho de defensa al alejar al imputado del lugar de ubicación de las fuentes de prueba.

La Segunda y Sexta Disposición Final señalan que el juzgamiento sólo se puede realizar en aquellas Cortes Superiores que cuentan con no menos de tres Salas Penales y, para al efecto, se instalarán Mesa de Partes única y exclusiva para casos de terrorismo.

Los Magistrados serán debidamente designados e identificados por el sistema de turnos, el que será determinado en su caso por las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público (art. único, segundo párrafo, de la Ley Nº 26671, de 12 de octubre de 1996).

El principio de especialidad, muy propio en el derecho comparado para estos ilícitos, se intentó plasmar en las Resoluciones Administrativas Nº 521–97–CME–PJ, de 20 de noviembre de 1997, y 596–98–CME–PJ, de 18 de marzo de 1998. Al igual que en los casos de delitos fiscales y de tráfico ilícito de drogas, se encargó en un primer momento a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el conocimiento con exclusividad de los delitos de terrorismo, aunque posteriormente se dio marcha atrás atribuyendo el conocimiento de los mismos a las tres Salas Penales Supremas actualmente existentes. La Sala Penal Permanente designará a los integrantes de las Salas Superiores y Juzgados Especializados con competencia a nivel nacional, así como supervisará y controlará su funcionamiento, para lo cual se forma un circuito judicial propio, cuya seda de funcionamiento es el Distrito Judicial de Lima.

## VII. EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS AGRAVADOS

### 1. ASPECTOS GENERALES

La Ley Nº 26950, de 19 de mayo de 1998, extensamente analizada en el Informe Defensorial Nº 9, publicado en junio de 1998 por la Defensoría del Pueblo, autorizó al Poder Ejecutivo para legislar "...*sobre la materia de Seguridad Nacional y por el plazo de quince días calendario*". La materia de los Decretos Legislativos que a su amparo han de expedirse, precisa la Ley autoritativa, "... *se fundamentan en la necesidad de implementar una estrategia para erradicar un peligroso factor de perturbación de esa seguridad, generado por la situación de* violencia creciente *que se viene produciendo por* las acciones de la delincuencia común organizadas en bandas utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad".

Al amparo de esta disposición se promulgó un conjunto de Decretos Legislativos que: **1.** Estructuraron modelos propios de la emergencia penal antiterrorista y que a fin de cuentas no hacen sino ratificar la vocación expansiva de esta legislación de excepción. **2.** Incorporaron formalmente al Servicio de Inteligencia Nacional en el combate contra la delincuencia común. **3.** Limitaron el conocimiento del hábeas corpus a un orden jurisdiccional especializado de muy poca extensión y se creó el hábeas corpus militar. **4.** Instituyeron fórmulas premiales y procedimientos por colaboración eficaz. **5.** Crearon la figura del "pandillaje pernicioso" y modificaron sensiblemente el Código del Niño y del Adolescente. Al respecto resulta evidente, por su desmesura, la configuración de una nueva figura penal, denominada "delito de terrorismo agravado" (*sic*), por el Decreto Legislativo Nº 895, de 23 de mayo de 1998, desnaturalizando por completo el concepto constitucional de terrorismo, al que la Constitución permite un tratamiento excepcional limitado.

La desnaturalización denunciada resulta obvia al no tomar en cuenta que la delincuencia terrorista se dirige, como apunta Helenio FRAGOSO, contra el orden político social vigente, para mudarlo o para mantenerlo por la violencia, a cuyo efecto –es de anotar por nuestra parte– sus autores utilizan para sus objetivos políticos medios catastróficos que producen grave alarma social. En tal virtud, no es posible calificar los atentados o extorsiones practicadas por organizaciones criminales, tipo mafia, como terroristas pues constituyen crímenes comunes; error que pre-

cisamente, señala Raúl PEÑA CABRERA, incurrió el legislador nacional al no tomar en cuenta el ámbito político del terrorismo, cayendo en hipótesis típicas de contornos vagos e imprecisos [48].

Según el art. 1º del citado Decreto Legislativo Nº 895 el agente del delito de terrorismo agravado debe: **a)** integrar o ser cómplice de una banda, asociación o agrupación criminal que porte o utilice armas de guerra, granadas y/o explosivos (se trata, en puridad, de pertenecer o ser cómplice de una banda armada); **b)** la organización criminal debe dedicarse a perpetrar cualquiera de los siguientes siete rubros delictivos: robo, secuestro, extorsión, contra la vida, el cuerpo y la salud, el patrimonio en general, la libertad individual y la seguridad pública; y, **c)** el tipo penal no requiere que el sujeto activo cometa el delito colectivamente, pues puede actuar en forma individual, aunque debe probarse que su adscripción o complicidad con una banda armada.

Además de esta nueva figura penal, a la que homologó para su persecución y sanción a un procedimiento semejante al instaurado por el Decreto Ley Nº 25475 aunque la derivó al conocimiento del Fuero Castrense, la nueva legislación sobre "Seguridad Nacional" agravó las penas para seis delitos comunes a los que el Decreto Legislativo Nº 896, de 24 de mayo de 1998, denominó "Delitos Agravados", a la vez que configuró un procedimiento con determinadas especialidades muy semejante también al modelo antiterrorista (Decreto Legislativo Nº 897, de 26 de mayo de 1998). A este procedimiento se agregó el conocimiento de los delitos de posesión y de sustracción de armas de guerra con arreglo al Decreto Legislativo Nº 898, de 27 de mayo de 1998.

## 2. COMPETENCIA

El art. 1º del Decreto Legislativo Nº 897, de 26 de mayo de 1998, configuró un procedimiento común ordinario con un conjunto de especialidades procedimentales que se analizarán en las líneas siguientes, radicándolo en los denominados "delitos agravados" instituidos en el Decreto Legislativo Nº 896, de 24 de mayo de 1998. Con posterioridad, el Decreto Legislativo Nº 898, de 27 de mayo de 1998, en su art. 7º ads-

[48] PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Sagitario, Lima, 1991, Vol. IV, pp. 86–87.

cribió a dicho procedimiento el conocimiento de dos delitos vinculados a la tenencia y a la substracción de armas de guerra.

En consecuencia, el ámbito de competencia de dicho procedimiento comprende los siguientes delitos, estatuidos en el Código Penal y modificados especialmente en cuanto a su conminación penal por los Decretos Legislativos mencionados: **1.** Asesinato, art. 108º. **2.** Secuestro, art. 152º. **3.** Violación Sexual de menor de 14 años, art. 173º. **4.** Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave, art. 173º–A. **5.** Robo, art. 188º. **6.** Robo agravado, art. 189º. **7.** Extorsión, art. 200º. **8.** Fabricación, Almacenamiento, Suministro o Tenencia de bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, art. 279º. **9.** Sustracción o Arrebato de armas de fuego en general, municiones y granadas de guerra o explosivos a las Fuerzas del Orden, art. 279º–B.

Esta norma no ha previsto el supuesto de concurso procesal de delitos, por lo que es de aplicación la regla general, en cuya virtud rige el procedimiento impuesto para el delito más grave.

### 3. La investigación policial

La óptica restrictiva y la semejanza con el procedimiento antiterrorista es muy marcada en la fase preprocesal policial. No sólo se la concibe con una cierta autonomía, muy por encima de su misión constitucional de *actuación a prevención*, sino que le otorga desmesurados poderes coercitivos. En efecto, *en primer lugar*, encarga a la Policía Nacional la investigación de dichos delitos con la intervención del Ministerio Público, mas no bajo la dirección jurídico funcional de la Fiscalía. El rol del Ministerio Público es concebido como un colaborador mas no como un director o conductor, lo que resta legitimidad a sus actuaciones.

*En segundo lugar*, la Policía Nacional una vez efectuada la detención del implicado debe ponerlo a disposición de la Fiscalía en el plazo no mayor de 24 horas o en el término de la distancia, junto con las pruebas y evidencias recaudadas. Debe entenderse que la detención del implicado sólo será procedente si es capturado en delito flagrante, tal como lo dispone el art. 2º.24.'f' de la Constitución.

*En tercer lugar*, cuando por el número de implicados o por la peligrosidad de los mismos o la complejidad de las investigaciones lo exija, el Fiscal, a solicitud de la Policía, deberá necesariamente incluir en la denuncia la petición de ampliación de la investigación policial, estando el

Juez Penal obligado a autorizarla en el auto que abre instrucción por el término no mayor de quince días, lapso durante el cual los encausados permanecerán detenidos en las instalaciones policiales, formulándose en dicho plazo el Atestado Policial ampliatorio correspondiente. Esta norma (art. 1º, inc. 'f') no tiene el menor sustento constitucional; la Ley Fundamental no sólo obliga a que el detenido sea puesto a disposición del Juez –la puesta del implicado a disposición del Fiscal no corta el plazo de 24 horas fijado en la Constitución– sino que implícitamente obliga a que la persona detenida sea sometida a la jurisdicción, poniendo un límite improrrogable a la investigación preprocesal bajo conducción fiscal. Por lo demás, resulta inatendible que la norma obligue al juez a una decisión determinada en un sentido específico, pues ello vulnera el principio de exclusividad judicial y, menos, que no precise que el pedido deba ser, en todo caso, debidamente fundamentado y escoltado con las pruebas necesarias para apreciar su urgencia y necesidad.

*En cuarto lugar,* el procedimiento de investigación policial se concibe con la intervención necesaria de la defensa. En esa perspectiva, a falta de abogado de elección, el Ministerio de Justicia proporcionará un abogado de oficio.

## 4. LA INVESTIGACIÓN, ENJUICIAMIENTO Y FASE RECURSAL

### *A. Los plazos procesales de las etapas del proceso*

La investigación judicial está sometida al principio de sumariedad máxima, pues el plazo está fijado en veinte días calendario, prorrogables a diez días adicionales sólo cuando el proceso sea complejo o cuando no se han podido actuar diligencias sustanciales a criterio del Fiscal o del Juez (menos que en el procedimiento antiterrorista), y los informes finales deben expedirse a las cuarenta y ocho de recibidos los actuados por el Fiscal y el Juez, respectivamente. A su vez, la acusación del Fiscal Superior debe emitirse en similar plazo de cuarenta y ocho horas, el auto de enjuiciamiento a las veinticuatro horas y la audiencia debe culminar con sentencia en un plazo de mayor de quince días calendarios. De interponerse recurso de nulidad, la causa se elevará en el plazo de cuarenta y ocho horas, el Fiscal Supremo debe dictaminar en el plazo de setenta y dos horas, los alegatos de la defensa deben presentarlos dentro de similar plazo y el grado debe absolverse dentro del plazo de cinco días, para lo cual se requerirá cuatro votos conformes.

*B. Las medidas cautelares*

Al igual que en el procedimiento antiterrorista no procede la concesión de libertad alguna, con excepción de la libertad incondicional, aunque no la condiciona a una consulta al Superior Tribunal. Reitera la disposición similar del Decreto Ley Nº 25475 de no formar incidencias para las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y cualquier otra articulación, no obstante que el Decreto Ley Nº 26248 derogó tal disposición. Es de significar, no obstante ello, que este procedimiento no obliga al Juez a dictar mandato de detención; sólo obliga al Juez a que dentro de las 24 horas de producida la detención policial debe dictar, si corresponde, mandato de detención. Esta última medida es obligatoria cuando media flagrante delito, lo que significa que únicamente se toma en consideración el presupuesto material del *fumus boni iuris*, olvidándose del *periculum in mora*, que es precisamente el que legitima esta medida cautelar personal.

La medida cautelar real de incautación o secuestro de cosas importa, al igual que el procedimiento antiterrorista, que éstas permanezcan en custodia y administración por el Ministerio del Interior. Si se dicta sentencia condenatoria, los bienes incautados pasarán definitivamente a propiedad del Estado y serán afectados por la Superintendencia de Bienes Nacionales.

Por otro lado, si se presume que los bienes en mención aparecen registrados a nombres de terceros, se trabará embargo sobre ellos y si los bienes pertenecen a terceros inocentes, se levantará la medida de embargo. La ley, en esta Segunda Disposición Final, incurre en un craso error conceptual: los bienes "litigiosos", considerados efectos o instrumentos del delito (art. 102º del Código Penal), no pueden ser objeto de embargo, medida radicada en bienes libres susceptibles de responder a la reparación civil, sino de incautación o secuestro cautelar, a fin de ser decomisados en su oportunidad con la sentencia condenatoria.

*C. Aspectos especiales del procedimiento*

La ley, a semejanza del Decreto Ley Nº 25475, introduce dos reglas especiales, restrictivas del derecho defensa y del principio del contradictorio. En primer lugar, prohíbe que se ofrezcan como testigos a los policías que intervinieron por razón de su cargo o función en la elaboración del Atestado Policial (se entiende que si el Policía no pertenece al grupo operativo que intervino en la investigación y que se limitó a una primera

intervención de urgencia, sí puede llamársele a declarar). En segundo lugar, también prohíbe que se recuse a los magistrados intervinientes y a los auxiliares de justicia. Sobre el contenido inconstitucional de estas disposiciones (arts. 4º.1 y 5º) nos remitimos a lo consignado a lo expuesto en los procedimientos antiterrorista y por tráfico ilícito de drogas.

Otra regla que introduce, siguiendo el modelo antiterrorista, es que la investigación judicial y el enjuiciamiento de los procesados se realizará en los respectivos Establecimientos Penales. Ello supone, como es lógico, la opción por el encarcelamiento preventivo al no prever el caso de los reos libres.

*D. El enjuciamiento*

Dos son las reglas que incorpora sobre el particular. En primer lugar, exige que la audiencia oral y pública (no impone el secreto) se realicen en sesiones diarias y consecutivas en un plazo no mayor de 15 días calendario hasta dictar sentencia. Lo realmente trascendente hubiera sido imponer, como es la opción asumida por el derecho comparado, un régimen de la continuidad radical, pues el éxito de la concentración no sólo estriba en que las sesiones sean diarias y consecutivas, sino que entre una y otra no se intercalen sesiones correspondientes a otro proceso.

En segundo lugar, descarta la oralización de las actas de las sesiones de audiencia, en aras de la continuación efectiva de las sesiones, para lo cual impone que las actas se pongan a disposición de las partes por Secretaría, quienes pueden observarlas en la estación correspondiente de la sesión subsiguiente, hasta antes de expedirse sentencia.

*E. El recurso de nulidad*

El inc. 'c' del art. 3º contiene una disposición equívoca, pues señala que "Concedido el recurso de nulidad de parte o *de oficio* contra la sentencia expedida por la Sala Penal de la Corte Superior, *en cumplimiento de la pluralidad de instancias* ...". Una interpretación literal de la norma en cuestión podría entenderla como que todo fallo debe ser de conocimiento del Supremo Tribunal, ya sea en recurso de parte o de oficio. Tal interpretación, empero, no puede ni debe aceptarse por las disfuncionalidades que entrañaría. Nuestro propio ordenamiento procesal penal ha rechazado la posibilidad del recurso de oficio, a través de la Ley Nº 26718, de 27 de diciembre de 1996, y la naturaleza dispositiva de los recursos hace intolerable tal institución. Por consiguiente, al no

haber impuesto expresamente la consulta, debe entenderse como una incongruencia técnica tal dispositivo y, por tanto, sujeto a una interpretación correctiva en el sentido que el recurso de nulidad sólo procede si es interpuesto por quien es parte en el procedimiento.

## VIII. EL PROCEDIMIENTO CONTRA REOS AUSENTES

### 1. ASPECTOS GENERALES

La Constitución, como se sabe, en su art. 139º.12, consagra la garantía de que un acusado no puede ser condenado en ausencia. La *noción constitucional de ausencia* fue entendida desde el Decreto Legislativo Nº 125, de 12 de junio de 1981, ratificado por la Ley Nº 26641, de 26 de junio de 1996, como no presencia física del acusado en el acto del juicio oral, sin importar el motivo o circunstancia de esa incomparecencia al emplazamiento judicial [49].

Sin embargo, la legislación ordinaria y el derecho comparado incorporan una diferencia según sea el motivo de la incomparecencia. Si el imputado desconoce que se encuentra sujeto a un proceso penal, porque no se sabe su domicilio o paradero exacto y no ha sido posible ubicarlo y tener evidencia categórica de que tenga conocimiento del procedimiento incoado en su contra, se le denomina *ausente* propiamente dicho. En cambio, si conoce del proceso penal que se le sigue y, no obstante ello, dolosamente deja de asistir y no concurre los emplazamientos judiciales, sin motivo justificado suficiente, se le reputa *contumaz*.

En ambos casos, y aun cuando existen diferencias esenciales entre ambas instituciones que ameritarían efectos procesales sustancialmente diferentes, tal como ha sido reconocido en la legislación comparada, de poder juzgarse e imponer una pena al contumaz [50], sin que ello signifique vulnerar la Constitución al reinterpretarse en un sentido técnico el

[49] GARCÍA RADA, Domingo: «El juzgamiento en ausencia y la nueva Constitución, en: HURTADO POZO, José (Ed.): La *nueva Constitución y el Derecho Penal*, EDDILI, Lima, 1980, p. 17.

[50] VALLE RANDICH, Luis del: *Procedimientos especiales*, Editorial Jurídica, Lima, 1963, p. 253.

concepto de ausencia, limitado al que desconoce el emplazamiento judicial, la legislación vigente precisa: **a)** que la declaración de ausencia o contumacia, de carácter constitutivo, impide se condene al imputado, aunque se le puede dictar sentencia absolutoria; **b)** que tratándose de procedimientos complejos, la inasistencia del ausente o del contumaz no impide la iniciación y continuación del juicio oral contra los acusados presentes, siendo de aclarar que el emplazamiento ha de haberse dictado correctamente pues de lo contrario la sentencia y el juicio serían nulos [51]; **c)** que en dicho juicio oral, el ausente o el contumaz estarán representados por un abogado defensor; este último supuesto, de ser varios los ausentes, se debe nombrar un defensor de oficio para cada grupo a fin de evitar que la defensa resulte incompatible, siendo nulo el fallo si solo se nombra un abogado defensor [52].

La Corte Suprema, en un bloque de decisiones, ha fijado un conjunto de criterios hermenéuticos que es del caso tener presente. Así tenemos: **1.** Que el nombramiento de defensor del ausente –se incluye al contumaz por razones obvias– sólo procede en caso de que dicho acusado no haya nombrado a su defensor [53]; así lo estipulan los arts. 210º y 321º del Código de 1940, modificados por el Decreto Legislativo Nº 125 y la Ley Nº 13695. **2.** Que la ausencia del defensor del ausente o contumaz en el primer juicio acarrea la nulidad del fallo [54]. **3.** Que en el primer juicio debe preguntarse a los abogados de los acusados ausentes o contumaces si interponen o no recurso de nulidad [55], los mismos que asimismo están obligados a hacer la defensa correspondiente [56] y a presentar conclusiones escritas [57].

---

[51] Ejecutoria suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 5 de marzo de 1973.

[52] Ejecutoria suprema de 14 de octubre de 1985, Exp. Nº 2722–85, Junín (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 286–288).

[53] Ejecutoria suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 22 de noviembre de 1975.

[54] Ejecutoria suprema publicada en *Revista del Foro*, 1933, Lima, p. 119.

[55] Ejecutoria suprema publicada en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, Lima, p. 323.

[56] Ejecutoria suprema de 12 de agosto de 1943 (*Revista de los Tribunales*, Nº 553, Lima, 1953, p. 149).

[57] Ejecutoria suprema de 6 de abril de 1963 (*Anales Judiciales*, T. LVIII, 1963, Lima, p. 261).

4. Que la sentencia en que se hubiera omitido proponer y votar las cuestiones de hecho referentes a los acusados ausentes es nula [58].

Por otro lado, en dos decisiones ha fijado cuándo es del caso reservar el caso contra un ausente o contumaz, sancionando la regla de que es posible absolverlo mas no condenarlo. En una primera decisión señaló que "no se puede condenar en ausencia a un acusado, pero sí absolverlo, cuando no existen elementos suficientes que acrediten su responsabilidad [59]. En otra decisión ha estipulado que si en el primer proceso existen situaciones similares de los encausados presentes con los ausentes, lo que implica que tampoco se ha probado su responsabilidad penal, es del caso absolverlos [60].

## 2. REGLAS ESPECIALES PARA EL AUSENTE Y EL CONTUMAZ

Dos son las modalidades que puede tener el juicio contra ausentes y contumaces. La primera está regulada en el art. 320º del Código de 1940 y corresponde a los procedimientos simples. La segunda modalidad, dedicada a los procedimientos complejos, lo está en el numeral siguiente.

En el *primer supuesto* está reservado a los procesos con un solo acusado, ausente o contumaz. El art. 320º estatuye que una vez que el imputado es aprehendido o se pone a derecho voluntariamente, el juicio oral, en su período probatorio –único afectado–, presenta un cambio sustancial: sólo se examina al imputado y, además, a los testigos y peritos que voluntariamente se presenten, es decir, que notificados con el auto de citación a juicio decidan concurrir. Esto último importa que no puede ser una causal de postergación (art. 241º) o de suspensión (arts. 268º y 270º) la ausencia o enfermedad de un testigo o perito.

Es de precisar que al imputado ausente que es capturado o se pone a derecho no se le toma instructiva, como equivocadamente ha señalado la Ejecutoria suprema de 2 de abril de 1993 [61], puesto que la instruc-

---

[58] Ejecutoria suprema publicada en *Anales Judiciales*, 1922, Lima, p. 21.

[59] Ejecutoria suprema de 26 de mayo de 1981, Exp. Nº 1815–80, Cuzco (*El Magistrado*, Año I, Lima, 1981, pp. 174–176).

[60] Ejecutoria suprema de 17 de enero de 1997, Exp. Nº 3981–95–B, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 163–164).

[61] Exp. Nº 243–92–B, Ayacucho (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 337–338).

tiva es un acto procesal propio de la investigación, es un acto de instrucción y no de juzgamiento, el cual por su propia naturaleza no puede "transferirse" al juicio oral, uno de cuyos pasos es necesariamente el examen del acusado, el cual se quedaría vacío de contenido si se asume la tesis objetada.

El *segundo supuesto* se relaciona con procesos en los que figuren acusados presentes y ausentes o contumaces. En estos casos, según ya se explicó, la audiencia se lleva a cabo con los presentes, los ausentes y contumaces son representados por un abogado defensor y la sentencia puede comprender a estos últimos si es absolutoria, reservándose el proceso en tanto considere que existen evidencias suficientes que en su momento justificarían una condena. Si los ausentes o los contumaces son aprehendidos o se ponen a derecho, el tribunal dictará el correspondiente auto de citación a juicio. En la audiencia, reza el art. 321º del Código de 1940, el *período probatorio* se limita al examen del acusado y luego se leen las piezas de la instrucción, el acta de los debates orales y la sentencia emitida en el juicio anterior contra los reos presentes y la resolución de la Corte Suprema si la hubiere.

No es razonable interpretar dicha norma en el sentido que sólo se leen las actas de las audiencias anteriores y la sentencia respectiva, incluida –si existe– la ejecutoria suprema, acto seguido se examina al acusado y, con los alegatos de las partes, se emite sentencia, tal como parece entender una decisión del alto Tribunal [62]. No se puede desconocer que el juicio oral tiene tres períodos definidos y que la alteración procedimental sólo está radicada en el período probatorio; luego, los pasos de la audiencia –fuera de los señalados– no pueden alterarse o tergiversarse. Resulta absurdo prescindir del conocimiento formal de la acusación y, menos, que el auto de citación a juicio –sobre todo en el supuesto del art. 320º– no cumpla con citar a los testigos y peritos aceptados en el auto de enjuiciamiento.

El modelo de enjuiciamiento en este último supuesto, así como las restricciones del primero, por su carácter limitativo en cuanto a la actuación probatoria, no puede ser calificado de *juicio justo y equitativo*. En

[62] *Anales Judiciales*, T. LXIII, 1968, Lima, p. 154.

esos casos el juicio sería *leído* y no *oral*, se condenaría con piezas procesales actuadas sin el principio de inmediación y con vulneración del contradictorio. De igual manera, en este último supuesto, implícitamente se daría un efecto positivo a la cosa juzgada penal al forzarse, con su lectura, a la reproducción de las conclusiones básicas ya declaradas en dicha sede judicial. Por consiguiente, es de considerar abrogada por efecto de la Constitución vigente tales limitaciones, que en buena cuenta penalizan procesalmente al imputado por no haberse presentado a juicio oportunamente.

Al respecto, Mariano H. CORNEJO, en sus comentarios, señala que la limitación probatoria se explica porque "... el reo ausente ha renunciado a solicitar los esclarecimientos que le corresponden y ha confesado su participación en el delito. El tribunal sólo tiene que fijar el grado de culpabilidad. Para esto basta la instrucción y el examen del acusado" [63]. Esta posición, a la luz del derecho a la presunción de inocencia y de tutela judicial, resulta inaceptable desde todo punto de vista, inclusive para el contumaz, al punto que la actitud procesal del imputado no puede justificar, sin prueba independiente y suficiente, una condena o presunción de culpabilidad.

El segundo párrafo del citado art. 321º, introducido por la Ley Nº 13695, se pone en el caso de que en el proceso figuren acusados en cárcel y acusados libres. En este caso dispone que la audiencia se realizará con los acusados que concurran al acto oral, considerándose como ausentes a todos los inasistentes. Si alguno de los acusados se presenta posteriormente o es detenido, se procederá según lo dispuesto anteriormente. La sentencia que se emita en las sucesivas oportunidades necesariamente debe pronunciarse sobre la situación jurídica de los ausentes o contumaces, insistiendo en la reserva de la causa o dictando en su favor sentencia absolutoria [64].

La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial por Resolución Administrativa Nº 587–97–CME–PJ, de 27 de noviembre de 1997, estableció que

---

[63] Citado por GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 643.

[64] Ejecutoria suprema de 17 de febrero de 1992, Exp. Nº 949–91, Callao (*Normas Legales*, T. 218, julio, 1994, pp. J16–J17).

en los casos en que exista reos ausentes o contumaces a los que se ha reservado la sentencia, se procederá antes de elevar el proceso al Supremo Tribunal en recurso de nulidad a sacar copia certificada de las piezas procesales esenciales, a fin de que una vez se presenten voluntariamente o sean aprehendidos, independientemente de la absolución del grado, puedan ser juzgados bajo el procedimiento fijado en el art. 321º del Código. Esta norma, sin embargo, más allá de sus loables propósitos, es de dudosa legalidad, toda vez que una disposición que introduce un cambio procedimental tan importante, al punto de obviar el efecto devolutivo del recurso de nulidad y de permitir el enjuiciamiento con copias y no con los documentos originales, sólo puede tener por su nivel normativo el rango de ley.

La indicada Resolución Administrativa, por lo demás, modifica decisiones jurisdiccionales del alto Tribunal que anulaban el segundo fallo si el primero se encontraba pendiente de recurso y en esas circunstancias era capturado el imputado ausente o contumaz [65].

El art. 321º del Código de 1940, en buena cuenta, importa la ruptura de la unidad del enjuiciamiento. Opta por esta solución de continuidad en aras de garantizar un juicio célere al acusado presente que cumple con sus obligaciones procesales. Es claro que no se puede dejar en el limbo la situación jurídica de un acusado presente a la espera que el ausente o contumaz se entere del emplazamiento judicial o se ponga a derecho voluntariamente o merced a una captura policial.

El art. 322º tiene una norma de favorabilidad para los acusados presentes objeto de la primera sentencia. El Tribunal de instancia y el Tribunal Supremo en su caso, están autorizados a modificar la indicada sentencia, atenuando la pena, si en el curso del juicio contra el ausente o contumaz se presenta nueva prueba que así lo justifica. Es de entender que esta revisión está limitada a una modificación en lo favorable y sólo para aplicar una pena menor, nunca una absolución.

---

[65] Ejecutoria suprema de 11 de agosto de 1983, Exp. Nº 378–82, Junín (*El Magistrado*, Año III, Nº 1, Lima, 1983, pp. 408–410).

# CAPÍTULO XLII
# LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** El procedimiento por delito privado: 1. Aspectos generales. 2. El procedimiento previsto en el Código de 1940. 3. El procedimiento de sumaria investigación. 4. El Código de 1991. **III.** El procedimiento de terminación anticipada: 1. Aspectos generales. 2. Ámbito de aplicación. 3. Procedimiento. 4. Problemas de aplicación. **IV.** El procedimiento por colaboración eficaz: 1. Aspectos generales. 2. Principios del procedimiento. 3. El Decreto Ley Nº 25582. 4. El Decreto Legislativo Nº 815. 5. El Decreto Legislativo Nº 824. 6. El Decreto Legislativo Nº 902.

## I. INTRODUCCIÓN

Como ya se anotó, los *procedimientos especiales* están previstos para circunstancias o delitos específicos, en los que se discute una concreta pretensión punitiva. Los delitos objeto de estos procedimientos son, en principio, los de ejercicio privado de la acción penal o, sencillamente, *delitos privados* y los delitos leves no asociados a penas privativas de libertad.

La circunstancia más relevante que se ha tenido en consideración para instituir un procedimiento especial es el principio del consenso, que ha dado lugar al procedimiento de terminación anticipada, y la colaboración eficaz, que ha generado una serie de procedimientos al amparo del derecho penal premial. A ellos hay que agregar otros dos procedimientos que son objeto de un orden jurisdiccional distinto del penal ordinario, como son el militar y el tutelar de adolescentes, los cuales están regulados en leyes distintas del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales.

El delito privado ha dado lugar a dos procedimientos: la denominada, con evidente error conceptual, *querella*, y la *sumaria investigación*, ra-

dicada en delitos contra el honor cometidas utilizando órganos de comunicación social. Clasificación que, por cierto, no acepta el Código de 1991.

El procedimiento de terminación anticipada está radicado en dos rubros delictivos: modalidades menos graves de delito de tráfico ilícito de drogas y el íntegro de delitos aduaneros. El procedimiento de colaboración eficaz inicialmente concebido para el delito de terrorismo "clásico", ya clausurado, se ha expandido a los delitos contra el Estado, tributarios, tráfico ilícito de drogas y a los delitos de terrorismo agravado, así como a los delitos agravados.

## II. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO PRIVADO

### 1. ASPECTOS GENERALES

El Código Penal define los delitos que son objeto de persecución privada. Así tenemos: **a)** el delito de lesiones culposas leves, art. 124º, primer párrafo; **b)** delitos de injuria, calumnia y difamación, art. 138º; **c)** delitos de violación de la intimidad, art. 158º; y, **d)** delitos de violación sexual simple (art. 170º, primer párrafo), violación sexual de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 171º), violación sexual de persona bajo autoridad o vigilancia (art. 174º) y seducción (art. 175º), art. 178º modificado por la Ley Nº 26770, de 15 de abril de 1997. En este último rubro, la Corte Suprema ha establecido que los delitos sexuales en agravio de mayores de edad, se siguen bajo este procedimiento [66].

Es de tener presente que los arts. 312º y 313º del Código de 1940 han sido abrogados por las disposiciones arriba indicadas, en especial por el art. 178º del Código Penal vigente. En efecto, el art. 312º impone la persecución de oficio en relación a diversas figuras contra la libertad sexual en agravio de menores de 14 años y de jóvenes menores de 16 años que no tienen padres ni tutores, así como en los casos de prevalimento; por otro lado, el art. 313º califica de delito semi público los casos de violación, seducción, rapto o abuso deshonesto de un me-

[66] Ejecutoria suprema de 2 de marzo de 1984, Exp. Nº 2220–82, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1982–1984, p. 837).

nor de más de 14 años y menos de 18 años. El Código Penal califica de modo específico a los delitos públicos y a los privados y no comprende los semi públicos, por lo que las referencias de ambos artículos del Código de 1940 resultan inaplicables frente a una nueva regulación que cubre toda la perspectiva de persecución de los delitos contra la libertad sexual.

La característica más importante de los delitos privados es que la persecución está reservada a la víctima. Ella es la única que tiene legitimación activa, sólo a su instancia es posible incoar el procedimiento penal. Respecto a los delitos contra el honor, el art. 138º *in fine* prevé la legitimación activa por sustitución en aquellos casos en que dichos delitos ofenden a la memoria de una persona fallecida, presuntamente *muerte*, o declarada judicialmente ausente o desaparecida. En esos casos "... la acción podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos".

En los delitos privados, igualmente, el Ministerio Público no interviene como parte, bajo ninguna circunstancia [67], tal como lo preceptúa el art. 209º del Código. En consecuencia, el agraviado se erige en *acusador privado* y, por tanto, en único impulsor del procedimiento, el mismo que no sólo promueve la acción penal sino introduce la pretensión penal y civil; es, pues una parte necesaria que ejercita con monopolio absoluto ambas pretensiones mediante la constitución como parte a través de la oportuna querella. En los delitos contra el honor cometidos mediante órganos de comunicación social, el Fiscal Supremo sólo interviene como simple auxiliar ilustrativo. Existe, pues, una coincidencia del acusador y acusado con el ofendido y el ofensor, produciéndose así un paralelismo entre partes en sentido material y formal [68].

Otra característica esencial de este procedimiento es que el *acusador privado* puede desistirse o transigir, con lo que el procedimiento terminará con un auto de archivamiento definitivo por extinción de la acción penal con arreglo al art. 78º.3 del Código Penal, modificado por la Ley Nº 26770, de 15 de abril de 1997. En el caso del delito de seducción, el procedimiento puede cesar por subsiguiente matrimonio, siempre que

[67] *Revista de los Tribunales,* 1941, Lima, p. 131.

[68] MARTÍNEZ–PEREDA RODRÍGUEZ, José: *El proceso por delito privado,* José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 41 y 43.

la víctima preste su libre consentimiento, con arreglo a ley (art. 178º del Código Penal, modificado por la citada Ley Nº 26770).

En tanto se trata de un delito exceptuado de la intervención del Ministerio Público, es inadmisible un concurso procesal de delitos que dé lugar a la acumulación con delitos públicos, "en tanto la sustanciación de unos y otros es diferente en razón a su distinta naturaleza" [69].

## 2. El procedimiento previsto en el Código de 1940

### *A. Estructura del procedimiento*

El Código de 1940 estructuró el procedimiento por delito privado en dos etapas: un comparendo, de base sumarial, ante el Juez Penal, y, luego, una audiencia oral ante la Sala Penal, a quien se encargó que dicte sentencia. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Ley Nº 14605, de 25 de julio de 1963) se dispuso que sea el Juez Instructor, hoy Juez Penal, quien emita sentencia cuando se trata exclusivamente de delitos contra el honor (art. 192º.5). La facultad de fallo al Juez Penal fue reconocida luego del cambio de Ley Orgánica del Poder Judicial y extendida a todo delito privado por la Ley Nº 26353, de 15 de setiembre de 1994. La Corte Suprema ha insistido en que el Juez Penal tiene facultad de fallo en toda clase de delitos contra el honor, tanto simple como calificada por el medio empleado [70].

### *B. Incoación del procedimiento*

El proceso por delito privado sólo puede incoarse mediante querella del ofendido. Por medio de ella el querellante pone en conocimiento del Juez la noticia de la comisión de un delito privado en su agravio y, además, expresa su voluntad de perseguirlo constituyéndose en parte activa necesaria como acusador privado. Se trata, al decir de Almagro Nosete, de un auténtico *presupuesto procesal de perseguibilidad* [71]. Si el ofen-

---

[69] Ejecutorias supremas publicadas en *Anales Judiciales*, 1908, Lima, pp. 5 y 155; y *Anales Judiciales*, 1935, Lima, p. 20.

[70] Ejecutoria suprema de 26 de diciembre de 1997, Exp. Nº 4018–97, Ancash.

[71] Almagro Nosete / Tomé Paule: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 481.

dido no tiene capacidad procesal, porque no reúne las condiciones exigibles para ejercitar por sí mismo el derecho que le asiste, deberá comparecer y querellarse por quien ostente su representación legal. La querella, señala el art. 302º del Código de 1940, debe estar acompañada de los testigos que deben ser examinados y, en su caso, de la prueba escrita de los hechos delictuosos, sin perjuicio de solicitar –cuando corresponda– el nombramiento de peritos.

Interpuesta la querella, la jurisprudencia suprema ha establecido que el Juez Penal no puede aplicar el art. 77º del Código y, por ende, denegar la apertura de instrucción [72]. No consideramos atinada esa interpretación, pues corresponde al Juez advertir si la querella cumple con los presupuestos procesales y de tipicidad del hecho imputado, pues de lo contrario se está obligando al Juez a tramitar un procedimiento nulo o sin ninguna base razonable. La posibilidad de rechazar de plano una querella no puede ser negada bajo el pobre argumento de que el procedimiento común ordinario permite la intervención del Ministerio Público.

*C. El comparendo*

El art. 303º del Código de 1940 impone al Juez, en tanto la querella cumpla con los requisitos de admisibilidad mínimos (obviamente el Juez puede disponer que el querellante subsane alguna omisión, art. 426º *in fine* del Código Procesal Civil), citar a una diligencia de comparendo a las partes, a los testigos y peritos ofrecidos por el querellante (para este efecto, los peritos deben acompañar su informe o dictamen pericial, por lo que la fecha de dicha diligencia debe tomar en cuenta la necesidad de que los peritos puedan cumplir con elaborar su informe). De igual manera, este auto de citación a comparendo –en puridad, "*citación a juicio*"– precisará que el querellado tendrá derecho de ofrecer hasta tres testigos que rectifiquen los hechos imputados o demuestren la parcialidad de los testigos del querellante, y si hay prueba pericial, un perito que discuta los dictámenes de los peritos oficiales o los presentados por el querellante. La citación o, mejor dicho, la audiencia de comparendo o juicio, no podrá ser para antes del quinto día ni para después del décimo de la notificación, tal como lo estipula el art. 304º. El acto de notificación por el actuario –no por la Policía Judicial– está sujeto a forma-

[72] Ejecutoria suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 18 de diciembre de 1944.

lidades muy exigentes, al punto de requerir de ser posible la recepción de la cédula por el propio emplazado (art. 305º).

Dicha norma incluye la citación judicial de los órganos de prueba ofrecidos por el querellante, no así los del querellado, quien –se entiende– debería traer por sus propios medios la prueba que corresponda. Sin embargo, ello no es óbice para que el querellado se dirija al Juez solicitando auxilio público a fin de que disponga la citación judicial de sus testigos y peritos.

Esta figura del *auxilio público o judicial* se expresa ante otras dos circunstancias, aún no recogidas en los Códigos estudiados: 1. Cuando no es posible identificar o individualizar al querellado, o determinar su domicilio, o cuando fuere imprescindible para describir la imputación llevar a cabo una investigación preliminar, a solicitud del querellante se solicitará al Juez que preste el auxilio necesario (*vid.*: arts. 376º del Código Procesal Modelo para Iberoamérica y 425º del Proyecto de 1995). 2. Cuando sea del caso intervenir en un delito flagrante (v. gr.: violación sexual), la Policía realizará los actos urgentes que interrumpan la comisión del hecho punible o conserven elementos de prueba que se perderían con la demora (*vid.*: art. 112º del Proyecto de Código de 1995).

La *auto de citación a comparendo* debe comprender los apercibimientos correspondientes al querellante y al querellado. Si el querellante no concurre se citará a un segundo comparendo, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de su acción; el procedimiento, en esa segunda ocasión, se corta (art. 307º). Si el querellado no concurre se le citará por segunda vez, bajo apercibimiento de detención; de no asistir en la segunda citación, se procede a cursar órdenes para su detención hasta que se realice el comparendo (art. 2º de la Ley Nº 10794). Ello significa, además, que el juicio o comparendo no puede suspenderse por inasistencia de los testigos o peritos sólo cuando no asisten alguna de las dos partes necesarias.

Presentes en el acto de la audiencia, querellante y querellado, el primer paso está a cargo del Juez, quien debe invitarlos a conciliarse (art. 306º), ello como consecuencia de la naturaleza privada del delito y, por tanto, la disponibilidad del derecho a su persecución y a la imposición de la pena correspondiente. Es, pues, un trámite esencial [73]. Si se

[73] Ejecutoria suprema publicada en *Revista de los Tribunales*, Lima, 1937, p. 310.

produce la conciliación, cesa el procedimiento al extinguirse la acción penal. El art. 1º de la Ley Nº 10794 establece que no es necesaria la presencia personal del querellante, quien puede entenderse con un apoderado, expresamente facultado para aceptar o rechazar la conciliación que se proponga.

Si no hay conciliación se pasa al período probatorio propiamente dicho. Los pasos, de conformidad con el art. 308º del Código, son los siguientes: en primer lugar, el interrogatorio del querellante; en segundo lugar, el interrogatorio del querellado; en tercer lugar, el examen de los testigos, los cuales no pueden estar presentes en el comprendo ni escuchar lo relatado por las partes y los otros testigos [74]; en cuarto lugar, el reconocimiento de la prueba escrita; y, en quinto lugar, el examen pericial. Como quiera que el Código originalmente previó una audiencia ante la Sala Penal Superior, en el acto del comparendo ante el Juez Penal no incorporó el período decisorio correspondiente: no hizo mención al alegato de las partes ni a la deliberación y votación de la sentencia. No obstante ello, una vez culminado el comparendo, limitado a la actuación probatoria, se emitirá sentencia previa vista de la causa e informe oral de los abogados si lo solicitan, con arreglo al art. 155º del TUO de la LOPJ.

El Tribunal Supremo ha establecido que todas las actuaciones probatorias deben practicarse en el comparendo, bajo sanción de nulidad, no siendo legal que se programen actos de prueba al margen del mismo [75].

De todo lo actuado en el comparendo, reza el art. 308º, debe sentarse un acta que firmarán el juez, el actuario, el querellante, el querellado, los testigos y los peritos. Si alguien se niega a firmar, se hará constar el hecho y los motivos que adujere. El acta tiene las características que le acuerda el art. 291º: es una síntesis de lo actuado.

Por la naturaleza oral y breve del procedimiento, las excepciones y demás medios de defensa técnicos se deducen en el acto del comparen-

---

[74] Ejecutoria suprema de 25 de junio de 1942 (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 123–124).

[75] Ejecutoria suprema de 3 de setiembre de 1997, Exp. Nº 3857–97, Arequipa (*Normas Legales*, T. 258, noviembre, 1997, pp. A26–A28).

do y se resuelven con la sentencia. No se tramitan como incidentes en cuaderno aparte [76].

*D. Sentencia e impugnación*

La sentencia que emite el Juez Penal es apelable ante la Sala Penal Superior. Contra la sentencia de vista emitida por la dicha Sala no procede recurso de nulidad [77]. La Ley Nº 26353 precisó que la sentencia del Juez Penal es apelable ante la Sala Penal Superior en el término de 3 días. Esta ley no reconoce el recurso de nulidad contra la sentencia de vista, por lo que se entiende que éste no procede [78].

El art. 3º de la Ley Nº 10794 establece que el término para la prescripción de la acción penal no corre durante la tramitación del procedimiento, mientras no se declare el abandono de la instancia por la paralización del procedimiento durante un año a partir de la fecha de la última diligencia. Obviamente esta norma es aplicable si el procedimiento se inició cuando la acción penal se encontraba prescrita. La prescripción extraordinaria es la afectada con esta norma, que en su momento se refirió al plazo del abandono establecido en el antiguo Código de Procedimientos Civiles. Es de tener presente que el Decreto Ley Nº 21773 redujo a seis meses el plazo para el abandono de la primera instancia y que el Código Procesal Civil vigente (art. 346º) lo fijó en cuatro meses.

*E. La garantía de publicidad*

Un problema muy serio, no resuelto expresamente en este procedimiento, es el de la *publicidad*. El art. 139º.4 de la Constitución impone la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. La Ley debe precisar con puntualidad los casos en que se excluye la publicidad de los procesos, cuyo límite específico (imposibilidad de exclusión de la publicidad) se encuentra en los delitos por responsabilidad de funcionarios públicos, en los delitos cometidos por medio de la prensa y en los delitos que

[76] Ejecutorias supremas publicadas en la *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1963, p. 377; 1945, p. 365; y 1973, p. 1380.

[77] Así lo ha establecido el Supremo Tribunal por Ejecutoria suprema publicada en la *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 1024.

[78] Ejecutoria suprema de 18 de diciembre de 1996, Exp. Nº 4639–95–B, Huánuco (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 59).

se refieren a derechos fundamentales. El art. 215º del Código no cumple esta directiva constitucional, pues de modo genérico señala que las audiencias, en casos excepcionales, se celebrarán en privado; sólo el art. 218º es expreso al imponer la privacidad tratándose de delitos sexuales.

Por ello, es del caso aplicar directamente el art. 14º.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prescribe que la exclusión de la publicidad puede acordarse por razones de moral, orden público o seguridad nacional, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o cuando la publicidad perjudica los intereses de la justicia. Ello implica una resolución especial al efecto y acordada por unanimidad. Así se ha pronunciado el Supremo Tribunal en Ejecutoria suprema recaída en el Exp. Nº 1194–88. Lima [79]. Empero, la publicidad también recae en las sentencias, con la única excepción en el caso de derecho penal del interés de menores.

En consecuencia, el comparendo y las sentencias en el procedimiento por delito privado deben ser públicas, independientemente de que sean absolutorias o condenatorias. Las excepciones son las fijadas en la propia Constitución y en el Pacto de Nueva York antes precisado y, por cierto, requieren resolución fundada del Juez Penal. Su vulneración, por tratarse de garantías de nivel constitucional, originaría la nulidad del procedimiento o del fallo, según el caso.

### 3. El procedimiento de sumaria investigación

#### *A. Ámbito y procedimiento*

El art. 314º del Código, modificado por el art. 2º del Decreto Ley Nº 22633, establece un procedimiento especial si los delitos de calumnia, difamación e injurias se perpetran por medio de: **1.** Impresos o publicaciones. **2.** Prensa. **3.** Escritos, vendidos o exhibidos. **4.** Carteles expuestos al público. **5.** El cinema, la radio, la televisión u otro medio análogo de publicidad. Si el Juez Penal, por error, da a estos delitos el trámite del comparendo dispuesto en el art. 303º y siguientes del Código de 1940, el procedimiento es nulo [80].

---

[79] *Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, cit., p. 106.

[80] Ejecutorias supremas de 10 de octubre de 1997, Exp. Nº 4485–96, San Martín; de 9 de febrero de 1989, Exp. Nº 497–88, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 272–273).

En este caso, en tanto se trata de un delito privado por imperio del art. 138º del Código Penal se requiere la necesaria querella del ofendido. El Juez Penal ya no dicta auto de citación a comparendo sino que emite una resolución de apertura de sumaria investigación por el término de 8 días. Durante ese plazo debe examinar, en diligencias independientes, al querellante y al querellado, así como actuar las pruebas ofrecidas por las partes (obviamente, rige el principio de aportación y no el de investigación oficial en materia de actividad probatoria). A su vencimiento, debe emitir sentencia en el plazo de cinco días. Se entiende que si las partes lo piden se verá la causa en audiencia pública en la que se recibirán los informes orales de los abogados.

Contra el fallo de primera instancia procede recurso de apelación. Al no fijarse un plazo especial, es el común de un día de notificado o leído el fallo de primera instancia. El Superior Tribunal absuelve el grado en el plazo de diez días con el solo mérito de los actuados formados por el Juez de Primera Instancia. El procedimiento recursal no incorpora fase probatoria alguna.

La sentencia de vista, a su vez, puede ser objeto de recurso de nulidad [81]. La Sala Penal, para absolver el grado, requiere de la previa vista al Fiscal Supremo (art. 83º.6 de la LOMP) siempre que el medio comisivo utilizado es un órgano de comunicación social. Es obvio que en la vista de la causa, al igual que en el caso del recurso de nulidad, se puede citar a los abogados a que informen oralmente.

*B. El procedimiento del delito de provocación pública al delito*

El art. 315º no contempla un delito privado. Está referido al delito de provocación pública al delito, que el Código Penal vigente regula de modo incompleto por una omisión de redacción en el segundo párrafo del art. 315º (se incluyó el agravante, no la figura básica). La especificidad, en función al procedimiento aplicable, se encuentra en que dicho delito debe perpetrarse por los medios previstos en el art. 314º, ya mencionados.

El procedimiento es el de la sumaria investigación, con la aclaración que se trata de un delito de persecución pública, con intervención del Fis-

[81] Ejecutoria suprema de 7 de diciembre de 1992, Exp. Nº 1155–91–B, Arequipa (*Normas Legales*, T. 227, abril, 1995, p. J43).

cal. Debemos entender que si bien el plazo de investigación es de ocho días, es obvio que se requiere la acusación fiscal, por lo que salvo el plazo forzosamente debe homologarse el procedimiento al del sumario o abreviado, con la posibilidad de una tercera instancia vía recurso de nulidad.

Lo interesante y polémico de este procedimiento es el art. 317º, segundo párrafo, incorporó una *interdicción* dirigida a las partes para que no hagan uso de los medios de comunicación social para referirse a ellos mismos o a los hechos de la causa, bajo apercibimiento de ser considerado reiterante o de incurrir en la comisión de delito contra el honor. Esta interdicción se utilizó frecuentemente, también, para los delitos contra el honor previstos en el art. 314º, lo que generó fundadas preocupaciones en orden a la libertad de expresión y principio de legalidad. Felizmente, la Ley Nº 26773, de 18 de abril de 1997, entendió que dicho párrafo había sido derogado por la vigencia de la Constitución de 1993.

*C. Publicidad del procedimiento de sumaria investigación*

El art. 314º no presupone un procedimiento público. Sin embargo, es de dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en la Constitución y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como se ha precisado al enfocar el mismo tema en el procedimiento previsto en el art. 303º del Código. Ello es más imperativo porque la Ley Fundamental impone la publicidad, de modo obligatorio y sin exclusiones, cuando se trata delitos cometidos por medio de la prensa.

Por consiguiente, las diligencias y las sentencias de primera instancia deben ser expedidas en acto público, sean absolutorias como condenatorias, sin posibilidad alguna de declarar la privacidad del juicio.

4. El Código de 1991

El nuevo Código reconoce igualmente un procedimiento especial por delitos privados. En su art. 376º incorpora expresamente en el rubro de delitos privados el de ofensas al pudor público. Equivocadamente menciona que el trámite es el de querella, cuando ésta es sólo el acto de denunciar y de personarse como acusador privado en la causa.

La querella está reglamentada y se exige que en ella se ofrezca la prueba pertinente. El Juez está autorizado a disponer que la querella sea aclarada o se subsane alguna omisión, bajo apercibimiento de dar por no presentada la querella y ordenar su archivo. Si la querella está com-

pleta, dicta auto admisorio de la instancia y corre traslado por cinco días hábiles al querellado, para que la conteste y ofrezca la prueba pertinente. Acto seguido se emitirá auto de citación a audiencia, donde se actuará la prueba de ambas partes, previa invitación formal a conciliar. Contra el fallo del Juez Penal, dictado a pedido de cualquiera de las partes, procede recurso de apelación, que es resuelto por la Corte Superior. El recurso de apelación suprema es improcedente.

El art. 382º *in fine* precisa que el querellante en cualquier estado del procedimiento puede desistirse. Esta norma, sin embargo, es superabundante en virtud de lo expresamente previsto en el art. 78º.3 del Código Penal . Por otro lado, la perención del proceso o abandono de la instancia está fijada en el plazo de 3 meses y puede declararse de oficio (art. 380º *in fine*).

## III. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

### 1. ASPECTOS GENERALES

#### *A. Regulación legal y naturaleza jurídica*

Este procedimiento tiene su origen en el instituto del "*patteggiamento*" italiano, introducido por la Ley Nº 689, de 24 de noviembre de 1981. Según Silvia BARONA VILAR, la mayoría de la doctrina italiana entiende que ese término es la traducción del *plea bargaining* del sistema angloamericano, pero lo cierto es que difiere notablemente de dicho modelo procesal [82]. En el Perú su incorporación ha tomado como fuente los arts. 444º al 448º del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 "*applicazione della pena su richiesta delle parti*" y, en segundo orden, el art. 37º del Código de Procedimiento Penal colombiano, respetándose su redacción original, que luego fue modificada por la Ley Nº 81, de 2 de noviembre de 1993.

El procedimiento de terminación anticipada se sitúa en la necesidad, muy sentida, de conseguir una justicia más rápida y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad procesal. La idea de simplificación

[82] BARONA VILAR, Silvia: *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 113.

del procedimiento parte en este modelo del *principio del consenso*. El citado procedimiento simplificado opera, al decir de PADOVANI, como un "filtro selectivo consensualmente aceptado", en donde la premialidad correlativa a la solicitud o a la aceptación de tales filtros incentiva su funcionamiento; deja a las partes, desde una lógica propia del procedimiento acusatorio, un poder dispositivo para que puedan configurar el objeto del proceso [83]. El consenso, según BARONA VILAR, opera, de modo básico, sobre el tipo de pena y sobre la calificación jurídica y, como efecto reflejo, sobre el procedimiento al determinar una particular clausura del mismo [84].

El objeto de negociación es, pues, la pena, aunque desde ya es del caso puntualizar, siguiendo a Pedro BUTRÓN BALIÑA, que ello no importa negociar el cargo que se imputa o una pena distinta a la prevista legalmente [85], lo que a nuestro juicio revela que este instituto respeta las fuentes mismas del principio de legalidad, en todas sus dimensiones.

Es de tener presente, según entiende Giovanna María ANCA, que este procedimiento, auténtico "*negozio transattivo*" basado en las recíprocas concesiones que tienen lugar entre acusación y defensa, permite al acusado evitar la publicidad negativa de los debates, el pronunciamiento de una sentencia de condena bajo la óptica contradictoria, así como la eventual experiencia carcelaria; mientras que el sistema de justicia obtiene una disminución de número de procesos penales pendientes [86].

*B. Finalidad*

La finalidad funcional de este procedimiento es reducir los tiempos de la causa. Lo hace mediante formas de definición anticipada, de ahí su nombre en nuestro país, respecto a lo que ocurre en el procedimiento ordinario, aunque destacando la voluntad del imputado, puesto que el sistema procesal –explica Antonio PATRONO– concede una importancia a la fase del juicio en la cual el acusado puede ejercer su derecho de defensa [87].

---

[83] Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La justicia penal negociada*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 135.

[84] BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 131.

[85] BUTRÓN BALIÑA, Pedro: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 150.

[86] Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 133.

[87] Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 137.

El criterio de economía procesal que inspira este procedimiento, tiene como *presupuesto* el acuerdo entre el imputado y el Fiscal sobre el procedimiento y la pena, obligando al juez a fundar su convencimiento sobre la verdad de los hechos, acota Aniello NAPPI, en base a las investigaciones prejurisdiccionales o actos sumariales, sin dejar de formar las pruebas en el contradictorio de las partes propias del juicio oral; y, como *efecto* evitar la celebración del juicio oral y una exclusiva función premial al conceder una rebaja de pena si la causa culmina por esta vía [88].

*C. Algunos problemas constitucionales*

Este procedimiento fue impugnado en sede constitucional en Italia porque se consideró que se reducía irrazonablemente la función jurisdiccional, que el imputado renunciaba a derechos indisponibles (a la libertad y defensa), que se quebraba el principio de presunción de inocencia, que se vulneraba el principio de motivación de las sentencias, que se reducía indebidamente la publicidad del proceso y que se dejaba de tutelar debidamente a la víctima.

La *Corte Costituzionale* mediante las sentencias Nºs 313 de 2 de julio de 1990, 251 de 6 de junio de 1991 y 443 de 12 de octubre de 1990, resolvió estas cuestiones declarando, de un lado, la conformidad constitucional del procedimiento y, de otro lado, precisando cómo debía entenderse la actuación del juez.

En *primer lugar*, estableció que la terminación anticipada no es una atribución del imputado sino ante una posibilidad de solicitud de pena, con el consentimiento de la Fiscalía, que se presenta ante el Juez. Por la propia función jurisdiccional, el juez tiene el poder–deber de controlar la certeza de la existencia de las circunstancias que las partes han alegado, así como de otras –atenuantes o agravantes– que aparecen de autos. En este procedimiento, afirma la Corte, el juez en la sentencia desarrolla un control de legitimidad sobre el acuerdo mismo y no deja sin justificación la exactitud de la calificación jurídica del hecho; el juez, en consecuencia, valora si la calificación jurídica de los hechos y las circunstancias propuestas por las partes son correctas.

[88] Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 138.

En *segundo lugar*, si bien el juez condena con el mérito de actuados preliminares, se impone en un marco en que el imputado solicita una pena reduciendo al mínimo su imposición y consiguiente derecho a la libertad, así como utilizando el derecho de defensa como un instrumento para adquirir con seguridad una pena mínima. No puede, pues, confundirse estos derechos con la obligación absoluta de ejercitarlos, de suerte que la Constitución se limita a garantizar las condiciones a partir de las cuales los citados derechos pueden ser ejercitados en toda su legítima extensión. Por lo demás, no obstante que la solicitud de pena implica una renuncia a ejercer la defensa en un juicio contradictorio en el ámbito de formación de la prueba, ello no importa que el derecho de defensa desaparezca puesto que la afectación sólo se limita a ese aspecto no a los demás.

En *tercer lugar*, la presunción de inocencia no se ve alterada en su contenido esencial, desde que el imputado sólo renuncia a la facultad de contestar la acusación contra él planteada. Para que el Juez condene necesariamente debe probarse la responsabilidad del imputado sobre la base de un mínimo de prueba en relación a su responsabilidad, la cual –como ya se apuntó– se sustenta en los elementos de convicción acopiados por la Policía y la Fiscalía.

En *cuarto lugar*, el principio de motivación de las sentencia no se ve afectado puesto que implícitamente le está impuesto al juez evaluar la congruencia de la pena solicitada en orden al principio de legalidad de las mismas y a su orientación básica en orden a la prevención especial bajo los límites determinados por el principio de proporcionalidad, rechazando el pedido si el *juicio de congruencia* es desfavorable.

En *quinto lugar*, es cierto que al solicitarse consensualmente la pena se excluye la publicidad del procedimiento. La legitimidad de esta limitación se da sobre la base de que el procedimiento supone un reconocimiento de responsabilidad, basado en el contradictorio entre las partes y el en el acuerdo que alcanzan. Al respecto la Corte señala que la importancia dada a la voluntad de las partes, en lo esencial, y en especial a la del imputado, es la que conduce a atenuar en este procedimiento la exigencia de garantía a favor de la persona objeto de una acusación penal; a pesar de ser la publicidad un derecho disponible por parte del imputado, se le permite que puede consentir la celebración de un proceso en el cual la ausencia de publicidad representa uno de los elementos incentivantes o premiales a favor de esa elección del acusado.

En *sexto lugar*, las limitaciones a la actuación de la parte civil no son inconstitucionales por cuanto no se niega absolutamente la posibilidad que tiene de presentar alegaciones en el curso del procedimiento acerca de la viabilidad del procedimiento y de su interés resarcitorio. Por lo demás, en nuestro modelo la parte puede cuestionar el fallo de conformidad y en la apelación puede lograr, más allá del acuerdo de las partes, una suma superior a la fijada en el acuerdo.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

### *A. Competencia*

El procedimiento de terminación anticipada está circunscrito, en cuanto a su *delimitación objetiva*, a dos rubros delictivos: **a)** los delitos de tráfico ilícito de drogas, previstos en los arts. 296º, 298º, 300º, 301º y 302º del Código Penal; y, **b)** la totalidad de los delitos aduaneros, regulados en la Ley Nº 26421. La Fiscalía de la Nación reguló el comportamiento procesal de los fiscales en dicho procedimiento a través de la Circular Nº 005–95–MP–FN, publicada el 16 de noviembre de 1995.

Para este efecto, y como se trata de un procedimiento limitado a determinados delitos, debe estarse a lo expresamente consignado en el auto de apertura de instrucción. El cuestionamiento sobre la tipificación del delito no puede hacerse a través de la solicitud de terminación anticipada. Por consiguiente, en este caso, sólo será procedente dar curso a la solicitud respectiva una vez que se haya dilucidado, en incidencia aparte, cuál es el tipo penal que se amolda a los hechos objeto del proceso penal.

Si la causa también se sigue por otros delitos (acumulación), el procedimiento de terminación anticipada puede instaurarse, en la medida que dichos ilícitos no sean de mayor gravedad que el de tráfico ilícito de drogas o aduanero. Rige aquí el principio de primacía de mayor gravedad de la infracción; es decir, el delito más grave, cuando exista concurso procesal de delitos sujetos a trámites distintos, determina el procedimiento a seguir.

### *B. Oportunidad*

Este procedimiento, en cuanto a su *delimitación temporal*, puede intentarse una vez que se haya dictado el auto de apertura de instrucción y durante la etapa de investigación o de instrucción.

En la Ley Nº 26320 se precisa que el límite máximo para presentar la solicitud es la culminación de la etapa de instrucción. En cambio, en la Ley Nº 26461 se señala como límite extremo al momento anterior a la formulación de la acusación fiscal, de suerte que si el expediente se encuentra en la Fiscalía Superior y se presenta la solicitud antes de que se emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, entonces la Sala Penal Superior deberá devolver los actuados al Juzgado Penal para su respectiva tramitación y, mientras tanto, debe diferirse todo pronuncimiento hasta que culmine dicho procedimiento.

*C. Legitimación*

Desde su *delimitación subjetiva*, este procedimiento sólo puede ser instado por el imputado y el Ministerio Público. La parte civil o el tercero civil están excluidos de la posibilidad de plantearlo. Es más, la parte civil no tiene ni siquiera posibilidad de oponerse e imposibilitar su realización, sin que a ello obste el derecho que le asiste de formular peticiones y requerimientos en aras de la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Como todo acto postulatorio, la solicitud debe fundamentarse. Para estos efectos se debe tener presente dos presupuestos esenciales: *primero*, este procedimiento está destinado a discutir los alcances de una futura sentencia condenatoria, por lo que debe existir en autos suficientes elementos de convicción acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado; y *segundo*, no está en tela de discusión la tipificación del delito realizada en el auto de apertura de instrucción; consecuentemente, las discusiones acerca de las "circunstancias del hecho punible", sobre las que puede haber aceptación total o parcial, están referidas a las agravantes y a las atenuantes genéricas, así como a los demás elementos que condicionan la penalidad (v. gr.: errores de tipo, de prohibición o de comprensión, siempre que sean vencibles; eximentes imperfectas; tentativa; complicidad).

3. PROCEDIMIENTO

*A. Audiencia especial y privada*

El acto procesal central es la audiencia. Una vez presentada la solicitud, el juez constata: **1)** que los delitos objeto del procedimiento penal están incursos en su ámbito de aplicación; **2)** que se trata de la primera solicitud; y, **3)** que, de existir pluralidad de imputados, todos ellos han

aceptado someterse al procedimiento. Este último requisito es relativo, porque muy bien en la audiencia puede determinarse la viabilidad de la solicitud, primero, poniendo en conocimiento previo a los coimputados la solicitud del imputado, y, segundo, preguntando al iniciar la audiencia si están dispuestos a someterse a la terminación anticipada.

Si resulta favorable este primer paso, el Juez dicta un auto de citación a la audiencia especial y privada. La resolución debe ser notificada a todos las partes, incluidas la parte civil y el tercero civil, a fin de que expongan lo que tengan a bien en resguardo de sus derechos e intereses legítimos. Sin embargo, a la audiencia sólo pueden asistir el fiscal, los imputados y sus defensores. Se realiza en acto privado, sin asistencia de terceros ni presencia del público.

Resulta interesante al respecto lo dispuesto en el cuarto párrafo de la Circular Nº 005–95–MP–FN, pues permite al Fiscal –si lo considera conveniente– adelantar conversaciones extraprocesales con el imputado y su defensor, para someter al juez penal un acuerdo que permita un rápido desarrollo de la audiencia y facilite su adecuado control de legalidad. El sexto párrafo impone al Fiscal contar con un documento–resumen que contendrá puntualmente los hechos objeto de imputación, las circunstancias típicas relevantes y la tipificación correspondiente, así como lo referente a la reparación civil.

La audiencia consta de cuatro grandes fases. En la *primera*, de carácter preliminar, el juez advierte y explica al imputado respecto a los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que éste representa para la posibilidad de controvertir su responsabilidad. En la *segunda*, el Fiscal presenta los cargos, de modo general, y hace mención a la pena probable que merecería el hecho punible. En la *tercera*, se da la discusión propiamente dicha, que involucra tanto la primera intervención del imputado y su defensor, cuanto las sucesivas intervenciones de ambas partes con vistas a la aceptación total o parcial de los acuerdos. En la *cuarta*, si se arriba a un acuerdo, se pasa a la redacción de los términos del mismo, donde se señalará expresamente la pena y la reparación civil acordadas y se establecerá, además, si la pena es efectiva o no. Si no se llega a un acuerdo, la audiencia termina con esa declaración expresa.

Si bien el desarrollo de la audiencia es oral por definición, ella queda registrada en un acta donde se recoge los aspectos importantes de lo ocurrido en dicho acto. Los términos del acuerdo se transcriben tex-

tualmente. El acta, una vez aprobada, es firmada por todos los asistentes. Todo ello permitirá, en su oportunidad, controlar la legalidad y legitimidad de la ulterior resolución judicial.

*B. Control jurisdiccional del acuerdo*

Producido el acuerdo entre el fiscal y el imputado y su defensor, corresponde al juez realizar una labor de trascendental importancia y que concierne a tres tipos de controles. Ello significa que la intervención del juez no es meramente notarial. Los controles son los siguientes: **1)** control de la calificación jurídica del hecho punible; **2)** control de la pena y de la reparación civil acordadas; y **3)** control del fundamento probatorio de la imputación.

*B.1. Control de adecuación típica*

El acuerdo, que en su momento constituirá la base fáctica y jurídica de la *sentencia de consenso,* debe respetar el principio de correlación. Los hechos que corresponde asumir e integran el acuerdo deben respetar, en lo esencial, el marco fáctico incorporado en el auto de apertura de instrucción, el cual, a su vez, se sustenta en la denuncia formalizada del Fiscal Provincial. Tales hechos, además, deben subsumirse en el tipo penal fijado en el auto de apertura de instrucción. Las variaciones sobre las "circunstancias del hecho", no pueden ser de tal magnitud que importen una calificación jurídica o tipificación diferente o alternativa.

*B.2. Control de la pena y de la reparación civil*

La correlación de la pena significa que el acuerdo no puede vulnerar los mínimos y máximos legales previstos para el delito en concreto. El Código Penal, por lo general, señala diversas clases de penas y precisa sus mínimos y máximos en cada tipo penal, es decir, adopta el criterio de la indeterminación relativa de la pena. El Juez, sobre la base fáctica incorporada en el acuerdo –que previamente ha sido analizada positivamente, según las pautas del punto anterior– controlará en *primer lugar* el respeto a esos marcos de dosificación penal, lo cual involucra una *determinación cualitativa*: elección de la clase de pena, y una *determinación cuantitativa*: elección de la cantidad concreta de pena. En *segundo lugar*, velará por el cumplimiento efectivo del principio de culpabilidad, ponderando si la pena acordada no es *manifiestamente desproporcionada*, en función al contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho que estén

incorporados como factores a ser tomados en cuenta, según el art. 46º del Código Penal.

No se trata que el Juez imponga una dosificación determinada. Debe, sencillamente, supervisar que la pena acordada se encuadre dentro de los parámetros que fija el tipo penal y respete globalmente las reglas generales de individualización penal, sin incurrir en abiertas lesiones al principio de proporcionalidad de la pena respecto del hecho concreto.

La clase y medida de pena, resalta BUTRÓN BALIÑA, debe ser congruente con los fines señalados por la Constitución (art. 139º.22). Con ello se pretende salvaguardar la finalidad de prevención especial, básicamente dirigida a la reeducación, y muy ligada al principio de proporcionalidad entre la entidad de la ofensa y la pena impuesta. De forma indirecta también se garantiza la primacía de la ley, a la que únicamente está sujeto el órgano jurisdiccional [89].

En cuanto a la reparación civil, el control de legalidad lo hace patente el juez cuando se concentra en cuidar que la reparación civil comprenda, de ser el caso, tanto la restitución del bien o –si no es posible– el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios, tal como lo señala el art. 93º del Código Penal. Asimismo, en cuanto al monto de la indemnización, que no se vulneren los derechos del sujeto pasivo del delito, fijando una suma indemnizatoria groseramente diminuta.

*B.3. Control del fundamento probatorio de la imputación*

La Constitución sanciona el principio de presunción de inocencia, en cuya virtud una condena es estimada legítima si existen en autos suficientes elementos probatorios, que puedan considerarse de cargo y actuados a través de medios lícitos de prueba. El Juez debe analizar si, vistos los elementos de convicción acopiados en la fase preprocesal y en el sumario judicial, existe base suficiente y categórica que permita destruir la presunción de inocencia. Si estima que no han fundamento probatorio suficiente, debe desestimar el acuerdo y ordenar la continuación del procedimiento según su cauce ordinario.

[89] BUTRÓN BALIÑA: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, cit., pp. 151–152.

*C. La decisión judicial*

Si los controles encargados al Juez no arrojan resultado positivo o favorable, tras la audiencia debe dictar un auto fundamentado de desaprobación del acuerdo de las partes, indicando con precisión la razón o las razones de la desestimación.

Si el Juez detecta, en el acuerdo, alguna omisión o vacío, debe disponer la reapertura de la audiencia especial y privada para que las partes se pronuncien expresamente sobre la omisión. Acto seguido, el Juez decidirá lo conveniente.

Superados con éxito los controles, el Juez debe emitir una *sentencia de consenso*, en la que acepta íntegramente el acuerdo entre el Fiscal y el imputado y su defensor. El hecho de que deba precisarse en el fallo que la pena se dicta solicitud de las partes no importa la motivación. La sentencia debe ser motivada, según G. BOSCHI, en los siguientes puntos: **1.** Respecto de la subsistencia del acuerdo de las partes. **2.** Respecto de la insubsistencia de una situación probatoria tal que imponga la adopción de una sentencia de absolución. **3.** Respecto de la decisión positiva de la certeza de la calificación jurídica del hecho. **4.** Respecto de la valoración de la congruencia de la pena consensuada por las partes. Además, en la parte dispositiva no debe contener otras expresiones que la solicitud de parte y la aplicación de la pena y consiguiente reparación civil [90].

La Casación italiana (sentencia de 27 de marzo de 1992) precisó que la motivación de la *sentencia patteggiata* se agota en una deliberación al mismo tiempo positiva y negativa; *positiva*, respecto a la superación de los controles arriba indicados, que incluye la legalidad de la condicionalidad de la pena; y, *negativa*, en cuanto a la exclusión de la subsistencia de causas de no punibilidad, de no procedibilidad o de extinción del delito [91]. Por lo demás, la exigencia de una concisa exposición de motivos de hecho y de derecho tiene un carácter general, y no está excluida de la particular configuración de la sentencia prevista para este procedimiento.

---

[90] BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., pp. 137–138.

[91] RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., pp. 199–200.

La sentencia de consenso, según la doctrina italiana, es una sentencia de condena, aunque claro está con determinadas notas atípicas vinculadas a la idea del consenso [92]. Sobre esto último, es de anotar conjuntamente con BUTRÓN BALIÑA, que la petición consensuada es la base de la sentencia, no siendo necesario que se declare la culpabilidad del imputado, en tanto que la misma vendría a considerarse como una especie de confesión por hechos concluyentes [93], lo que se explica por la influencia sajona de la institución y, por ende, del pragmatismo del realismo jurídico. En este sistema, precisa BARONA VILAR, es natural partir de la base que si el imputado mismo llega a un acuerdo con la acusación, quiere decir que inequívocamente se considera culpable al confesar, incluso de forma implícita, ser responsable de los hechos acusados [94].

La *sentencia consensuada* es objeto de consulta obligatoria. El Superior Tribunal decidirá en definitiva si el acuerdo es legal o no. En cambio, contra el auto que deniega el acuerdo sólo procede recurso de apelación por el fiscal o por el imputado en el término de un día.

La parte civil no está legitimada para oponerse al acuerdo ni para impugnarlo. Sólo puede presentarse en el Superior Tribunal para solicitar el incremento de la reparación civil.

La decisión del órgano colegiado es definitiva pues contra ella no cabe recurso alguno. Se trata de un procedimiento especial en que sólo está prevista la consulta y la apelación antes referidos.

*D. Beneficios especiales*

El reconocimiento de beneficios especiales tiene tratamiento diferente en las dos leyes que han incorporado este procedimiento.

*D.1. Ley Nº 26320*

El primer beneficio especial, y típico de esta institución, es el de rebaja de la pena en una sexta parte. Ello exige como presupuesto que en el acuerdo se precise la pena acordada, independientemente de su

---

[92] RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., pp. 192–193.

[93] BUTRÓN BALIÑA: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, cit., p. 153.

[94] BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 139.

disminución en virtud de este beneficio especial. Sobre esa base el Juez acordará la rebaja en un sexto de la pena acordada (v. gr.: si se acuerda como pena seis años de privación de libertad, el beneficio importará una disminución de un año de pena privativa de libertad, con lo que la pena a imponerse será de cinco años). En este punto, como ha destacado la Casación italiana, los errores numéricos del acuerdo, pueden ser corregidos judicialmente, sin que ello importe una sentencia ultrapetita.

El segundo beneficio está vinculado a la confesión. La confesión, de modo general, puede producir efectos adicionales al de la rebaja de la pena arriba precisada: la posibilidad de que se imponga al imputado una pena por debajo del mínimo legal, siempre que sea sincera y oportuna, según se ha definido en el capítulo correspondiente. En el acuerdo, las partes deben precisar independientemente esta circunstancia extraordinaria y sobre esa base fijar la pena acordada, sobre la cual se aplicará la rebaja de la sexta parte.

*D.2. Ley Nº 26441*

El primer beneficio es el especial de reducción de la pena privativa de libertad aplicable hasta en una tercera parte del mínimo legal. La ley, en este caso, no acoge un sistema de beneficios de carácter concreto, es decir, en función de la pena que proporcionalmente corresponde y a partir de la cual se rebaje automáticamente en una medida determinada. El punto referencial que marcará la licitud del acuerdo es que la pena acordada no sea inferior al tercio del mínimo legal. El papel del juez será analizar si la pena acordada no es abiertamente desproporcionada o si viola flagrantemente los criterios y factores de medición y señalados por el Código Penal.

La pena objeto de reducción es únicamente la privativa de libertad, es decir, el beneficio no alcanza a la pena de multa ni a las consecuencias accesorias. Más bien, se reconoce una exigencia adicional: se debe pagar una suma equivalente a dos veces el valor de las mercaderías objeto del delito, sin perjuicio de los tributos dejados de pagar y del decomiso de la mercadería. En estos casos, la expedición de la sentencia, luego del acuerdo, dependerá de la oportunidad en que el imputado haga la consignación.

El beneficio por confesión, aun cuando la ley no lo mencione expresamente, es aplicable a este procedimiento porque se trata de un beneficio vinculado a la propia confesión y no al sometimiento a un mecanismo consensual.

## 4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN

### *A. Rechazo* in limine *de la solicitud de terminación anticipada*

La solicitud de terminación anticipada, en cuanto acto procesal que debe cumplir con determinados presupuestos y requisitos, debe ser puesta en conocimiento de todos los procesados. Si los demás imputados rechazan desde un inicio esta posibilidad o al iniciar la audiencia no aceptan consenso alguno, en vista que no corresponde un acuerdo parcial, entonces habrá que declarar improcedente la solicitud.

Igualmente se declarará improcedente la solicitud cuando los delitos objeto del auto de apertura de instrucción no estén comprendidos en los supuestos de las leyes citadas.

### *B. Exclusión del fiscal y del juez*

La exclusión del fiscal y del juez procederá en todos los casos en que es realizada la audiencia y no se arriba a un acuerdo o éste no es aprobado por el Juez o por la Sala Penal Superior. Con esta disposición se pretende garantizar la objetividad judicial y que el conjunto de las declaraciones que se hubieran producido no influyan en los magistrados. Consecuentemente, si no se realiza la audiencia, entonces no cabe que el Fiscal y el Juez sean apartados del conocimiento del proceso.

La Ley de los delitos aduaneros no prevé la exclusión del fiscal y del juez. No obstante ello, consideramos aplicable, en vía supletoria, la norma de la Ley Nº 26320, por cuanto los principios que sustentan este procedimiento son los mismos.

### *C. Procedimiento principal y terminación anticipada*

El procedimiento de terminación anticipada se sigue en cuaderno aparte. Esto significa que sus incidencias no interrumpen el curso del cuaderno principal. Por tanto, las actuaciones probatorias y demás actos de investigación no deben paralizarse por la tramitación de la audiencia privada; tampoco el pronunciamiento de la *sentencia consensuada* o del auto desestimatorio del acuerdo, o por la elevación del acuerdo en consulta o en apelación, según sea el caso.

Respecto de las medidas cautelares personas, es obvio que la *sentencia consensuada*, aun cuando se encuentre pendiente de aprobación por la consulta, se ejecuta provisionalmente si consideramos que no existe

norma en sentido contrario a la expresa previsión del art. 330º del Código de Procedimientos Penales; es decir, si se debe excarcelar al imputado, entonces debe cursarse la orden correspondiente, sin perjuicio de que permanezca sometido al proceso hasta que se le aparte definitivamente.

*D. Procedimientos complejos*

En el caso de concurso de personas, la legislación vigente no permite la ruptura de la unidad del procedimiento y, por ende, que se entienda que si se produce –como lo ha precisado la doctrina italiana– una solicitud y consenso sobre algunos imputados, ello importaría la automática separación de procedimientos respecto de quienes no aceptan el acuerdo [95].

El inc. 6 del art. 2º de la Ley Nº 26320 tiene como regla que los acuerdos deben comprender todos los cargos y delitos y a todos los imputados. Empero, admite tímidamente la posibilidad de *acuerdos parciales* sometiéndolos a dos requisitos: 1) Que los imputados, individualmente considerados, acepten la totalidad de los cargos y delitos que se le imputan, es decir, que la solicitud abarque íntegramente la imputación en su contra: todos los hechos imputados y, también, los delitos incriminados. 2) Que los delitos objeto del acuerdo sean independientes entre sí.

Lo expuesto significa que si la imputación estriba en que tres personas en concierto, sobre la base de un plan común, han comercializado droga, no podrá haber acuerdo parcial desde que el delito es único y éste comprende indefectiblemente a los tres imputados; empero, si existe un segundo delito, que puede ser el de tenencia ilegal de armas o de tentativa de cohecho, en el que sólo está involucrada una cuarta persona, puede haber una *sentencia consensuada* comprendiendo a este cuarto imputado. Es claro que si este cuarto personaje también está comprendido en el delito de tráfico ilícito de drogas sobre las mismas circunstancias que a sus tres coimputados, el acuerdo parcial no podrá producirse aun admita tanto ese cargo cuanto el de tenencia ilegal de armas o tentativa de cohecho.

Resulta esencial tener presente la noción de *concierto*, puesto que si el delito imputado, aun siendo el mismo, de tráfico ilícito de drogas, tiene una base fáctica distinta, no vinculada a los cargos incriminados a sus coimputados, el acuerdo parcial es posible.

[95] RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 173.

La Ley de Delitos Aduaneros tampoco tiene reproducida una norma semejante, por lo que es del caso insistir en su aplicación supletoria, dada la base común procesal que sustenta la terminación anticipada.

## IV. EL PROCEDIMIENTO POR COLABORACIÓN EFICAZ

### 1. ASPECTOS GENERALES

La legislación de emergencia antiterrorista engendró en el país lo que Emilio RESTA denominó "*el derecho penal premial*". Se trata, al decir de PEÑA CABRERA, de una moderna concepción –que se viene acentuando consistentemente en los últimos años– mediante la cual la pena que sigue a la comisión del delito no se aplica o simplemente se atenúa; es una forma *sui generis* de despenalización [96].

El *derecho penal premial* descansa en la figura del *arrepentido*. Se exige que el imputado mire al futuro orientando el cambio, apunta a su comportamiento "*post patratum delictum*". El arrepentido reconoce ante la autoridad los hechos delictivos en que ha participado y proporciona información suficiente y eficaz, de un lado, para influir sobre la situación antijurídica producida por el delito en sus consecuencias nocivas o peligrosas, o bien, sobre los eventuales desarrollos sucesivos del delito ya realizado; y, de otro lado, para ayudar a la autoridad a buscar pruebas permitiendo en última instancia una eficaz prevención y adecuada represión del delito [97]. Sobre esa base se otorga un premio a comportamientos que pueden definirse genéricamente como de "ayuda" ("o colaboración") a la autoridad judicial o de policía, condicionados a un previo o coetáneo distanciamiento de la actividad criminal mafiosa.

Según Carlos Enrique EDWARDS, cinco son los elementos caracterizantes del arrepentido: **a)** reviste la calidad de imputado de un delito vinculado a una organización criminal; **b)** debe brindar información; **c)** debe tratarse de una información significativa; **d)** esa informa-

[96] PEÑA CABRERA, Raúl: *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, Grijley, Lima, 1995, p. 163.

[97] PEÑA CABRERA: *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, cit., pp. 184–185.

ción tiene una finalidad de identificación de personas o de secuestro de cosas; y, **e)** se favorecerá con una reducción o eximición de pena [98].

Dos notas esenciales es del caso destacar en el procedimiento de colaboración eficaz: **1.** Los beneficios que se otorgan tienen el carácter de ser *transaccionales*, en cuanto suponen para el beneficiario el suministro de una información, prueba, delación efectiva, etc., a cambio de una exención de pena, rebaja de la misma, beneficios procesales, etc. **2.** La filosofía que anima este procedimiento está determinada por la necesidad de combatir la impunidad reinante en aquellos procesos en los que no se ha podido identificar a los autores o partícipes, romper la ley del silencio que impera en la criminalidad organizada y servir de instrumento de prevención de la comisión de delitos de gran dañosidad social [99].

El ámbito de aplicación del *derecho penal premial* ha venido expandiéndose progresivamente. Es de tener en consideración que en materia antiterrorista el arrepentimiento se construyó sólidamente –sin perjuicio de la legislación surgida con las anteriores leyes antiterroristas– a partir del Decreto Ley Nº 25499, de 16 de mayo de 1992, y de la Ley Nº 26220, de 19 de agosto de 1993, así como del Decreto Supremo Nº 015–93–JUS, de 8 de mayo de 1993, y de las Directivas Nº 001–93–JUS–CE, de 8 de julio de 1993, y Nº 002–93–JUS–CE, de 3 de agosto de 1993. La citada legislación fue cancelada a partir del 1 de noviembre de 1994, de acuerdo a la Ley Nº 26345, de 30 de agosto de 1994.

Actualmente, están vigentes las siguientes normas que prevén procedimientos de colaboración eficaz. **1.** Decreto Ley Nº 25582, de 27 de junio de 1992, referido a delitos en agravio del Estado, salvo tráfico ilícito de drogas y terrorismo. **2.** Decreto Legislativo Nº 815, de 20 de abril de 1996, para delitos tributarios. **3.** Decreto Legislativo Nº 824, de 24 de abril de 1996, radicado en los delitos de tráfico ilícito de drogas. **4.** Decreto Legislativo Nº 902, de 1 de junio de 1998, circunscrito a los delitos de terrorismo agravado y delitos agravados (Decretos Legislativos Nºs 895 y 896).

---

[98] EDWARDS, Carlos Enrique: *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 31.

[99] SINTURA VARELA, Francisco José: *Reformas al Procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 36.

El Proyecto de Código de 1995, inspirándose en el modelo colombiano de la Ley Nº 81, de 2 de noviembre de 1993, reguló un proceso por colaboración eficaz que trae consigo varias opciones premiales, desde rebajas de pena hasta modificación de las circunstancias delictivas, incluyendo beneficios procesales muy importantes.

Es de tomar en cuenta, sin embargo, las serias advertencias que sobre este fenómeno de "*arrepentimiento procesal*" trazan Alessandro Baratta y Michael Silbernagl [100]. Ambos autores sostienen, desde la perspectiva político criminal, que esta institución está hecha a la medida de los "superarrepentidos", es decir, para aquellos que tuvieron un rol de primer orden en las organizaciones terroristas (es de ampliar las referencias a "organizaciones criminales" en general), pero son prácticamente inaplicables a quienes (la mayoría) cuya posición en la estructura de esas organizaciones sólo les permite revelar sus propios delitos. Desde la perspectiva técnico–jurídica es de anotar la utilización de conceptos inciertos y valorativos para la determinación de la importancia de las revelaciones e implicaciones de otros en el mismo delito, así como para las apreciaciones sobre lo completo del arrepentimiento. Desde la perspectiva de la estructura del procedimiento, al configurar un aporte acusatorio y no defensivo del interrogatorio y desvanecer la posibilidad implícita de contradecir las pruebas, hacen posible la falsificabilidad de las hipótesis acusatorias y transforman la escena del procedimiento en una actuación invadida por la acusación, a cuya perspectiva apuntan todos los sujetos del proceso.

## 2. Principios del procedimiento

Según Sintura Varela, son cinco los principios que deben informar este procedimiento especial: eficacia, proporcionalidad, condicionalidad, formalidad y oportunidad [101].

---

[100] Baratta, Alessandro y Silbernagl, Michael: «La legislación de emergencia», en: *Doctrina Penal*, Año 8, Nº 29 a 32, Buenos Aires, 1985, *passim*.

[101] Sintura Varela, Francisco José: *Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justici*, Diké, Medellín, 1995, pp. 42–52.

*A. Eficacia*

La colaboración que ofrece el delincuente a la justicia debe resultar útil, esto es, que la justicia como valor jurídico se preserve. Es la única forma de que el interés público quede bien servido con la premialidad. Se ha de consultar varios criterios esenciales, entre los que destacan: **1.** La contribución a las autoridades para la desarticulación o mengua de organizaciones delictivas o la identificación y captura de uno o varios de sus miembros. **2.** La colaboración en la efectiva prevención de delitos o a la disminución de las consecuencias de delitos ya cometidos o en curso. **3.** La delación de copartícipes acompañada de pruebas eficaces de su responsabilidad. **4.** La identificación de fuentes de financiamiento e incautación de bienes destinados a su financiación. **5.** La entrega de bienes e instrumentos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución.

La delación, por ejemplo, debe contribuir al éxito de la investigación y que sirva de fundamento para construir una sentencia condenatoria en contra del delatado. La información proporcionada debe adicionar un elemento nuevo a la investigación, por lo que si los hechos que se delatan ya están establecidos procesalmente, el simple hecho de corroborarlos no permitirá alcanzar un beneficio. La colaboración debe materializarse a través de la comprobación de nuevos hechos. Es de tener muy en claro, según destaca GIMENO SENDRA y lo tiene resuelto el Tribunal Constitucional español en la STC Nº 114/1984, de 29 de noviembre, que la confesión obtenida mediante "ventajas materiales" (v. gr.: la reducción de la pena de los "arrepentidos" o *pentiti*) no puede gozar de valor probatorio alguno para servir de base a sentencias condenatorias contra otros copartícipes en el hecho punible [102].

*B. Proporcionalidad*

Debe medirse con precisión el grado de colaboración con la justicia, para tasar el beneficio penal que simétricamente corresponde otorgar. Se debe aplicar el criterio de justicia conmutativa, conforme al cual se requiere igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, en este caso, como

[102] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, T. II (*Proceso penal*), p. 440.

premio. En caso deba imponerse una pena atenuada, es del caso consultar los criterios de medición vinculados a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho; y, sobre esa base, fijar la atenuación correspondiente.

*C. Condicionalidad*

Los beneficios no deben tener vida propia. Se otorgan por una sola vez y están sujetos al cumplimiento de condiciones específicas, cuyo incumplimiento determina su revocación. Para las obligaciones, el Juez de manera discrecional debe tener en consideración la naturaleza y modalidades del hecho, las circunstancias de su comisión, la naturaleza del beneficio, la personalidad del colaborador y sus antecedentes.

*D. Formalidad*

La iniciación de este procedimiento exige una manifestación expresa del imputado, quien debe hacer mención que desea acogerse a sus términos. Asimismo, y en su esencia, la colaboración motivo del acuerdo debe ser el resultado de un proceso de diálogo con el Ministerio Público –no tanto con los órganos de seguridad–, de ahí que en el procedimiento preliminar de investigación del aporte del colaborador si bien la Policía debe tener una participación destacada, ello no puede significar que el Fiscal abdique de su atribución constitucional de conducción de la mencionada investigación y se limite a presenciar testimoniales y luego a emitir un dictamen.

En todo caso, el fiscal al culminar la investigación especial llevada a cabo bajo su conducción debe levantar un acta, donde deben consignarse los actos de colaboración, el beneficio que se propone y las obligaciones respectivas. Estas últimas, como se sabe, son una mera propuesta al Juez, quien tiene la competencia para decidir sobre su legalidad.

*E. Oportunidad*

El procedimiento de colaboración eficaz puede iniciarse en la medida en que el colaborador esté procesado o condenado. También antes, si está sometido a una investigación preliminar. Obviamente, cada momento debe tener sus propias reglas de procedimiento.

Otro tema esencial, en orden a los principios que deben informar este procedimiento excepcional, radicado fundamentalmente contra organizaciones criminales, sean estas subversivas, mafiosas o violentas en

general, es que debe articularse un mecanismo procesal en virtud del cual debe imponerse la pena correspondiente al colaborador que vulnera las reglas de conducta y es del caso revocarle el beneficio otorgado.

### 3. EL DECRETO LEY Nº 25582

Esta primera norma de colaboración eficaz está circunscrita, de modo genérico, a los hechos punibles en agravio del Estado (delitos de funcionarios públicos, delitos contra el patrimonio público, delitos aduaneros, etc.), marginando expresamente los delitos de tráfico de drogas y de terrorismo. Ahora bien, la legislación posterior incorporó procedimientos de colaboración eficaz para los delitos tributarios, de tráfico ilícito de drogas y delincuencia común organizada. El hecho que el delito de terrorismo haya tenido una legislación especial ya concluida, no significa que esta norma resulta aplicable a esa modalidad delictiva por cuanto la propia Ley Nº 23645 se encargó de enfatizar que el delito de terrorismo ya no iba a tener fórmulas premiales.

Es interesante destacar que no se exige que el imputado integre una organización criminal y, por tanto, pueda contribuir a su destrucción o neutralización. Ello refleja una inadecuada percepción de esta institución y, por tanto, su nulo perfil como técnica de investigación especial para delitos y estructuras criminales significativas.

El imputado sólo tiene una opción: lograr la eximición de pena y convertirse en testigo de la acusación. No existe posibilidad de graduar el beneficio y, en su caso, imponer una pena especialmente atenuada ni conseguir beneficios procesales significativos.

La información del imputado debe ser veraz, oportuna y significativa. A su vez, debe hacer posible: **a)** evitar la comisión del delito; **b)** promover el esclarecimiento del delito; y, **c)** capturar al autor o autores del delito.

El *primer requisito* de la información debe ser la veracidad, es decir, que guarde correspondencia con la realidad, que no contenga datos engañosos ni superfluos y que le conste al informante por la experiencia vivida con el delito y sus autores y partícipes. El *segundo requisito* es la oportunidad de la información, lo que importa que debe prestarse en el curso del proceso penal o de la investigación preliminar y, además, en un momento que permita, efectivamente, evitar la comisión del delito, promover su esclarecimiento o capturar al autor o partícipes. El *tercer requisito*, sin duda alguna el más importante, es que la información debe

ser significativa, esto es, importante, trascendente, que consistirá en poder conocer al autor o autores del delito, evitar la comisión del delito o promover su esclarecimiento; debe prescindirse de cualquier dato superfluo, que como dice EDWARDS, pueda evidenciar únicamente el propósito del supuesto arrepentido de mejorar su suerte procesal [103].

Toda la información proporcionada debe ser suficiente para que se logre el propósito de la ley, lo que importaría un significativo progreso de la investigación. El informante debe proporcionar datos que permitan no sólo el procesamiento de los delatados, sino fundamentalmente su condena; también debe dar datos que no sólo revelen la identidad de los delincuentes, sino que esos datos sean suficientes para lograr su ulterior condena y, en su caso, si se trata de una organización, para que ésta sea desarticulada o destruida.

La norma estudiada no diseña un procedimiento especial para el otorgamiento del beneficio. Se limita a establecer que éste será concedido por los jueces con criterio de conciencia y previa opinión favorable del Ministerio Público. Es obvio que la eximición proceda por disposición judicial mediante decisión especialmente fundamentada sobre los extremos arriba puntualizados, en tanto que se trata de determinar una declaración de impunidad al amparo de fórmulas premiales. El criterio de conciencia, como ya se apuntó, no significa apartarse de la ley, sino analizar las pruebas y los hechos bajo un criterio racional al igual que en una sentencia. La opinión vinculatoria del Fiscal se justifica en esta institución precisamente porque se trata de un supuesto excepcional de derecho penal, que tiene como efecto dejar de sancionar a quien ha cometido un delito en mérito a lo significativo de su información, situación que limita la atribución persecutoria del Ministerio Público para el arrepentido y redefine el poder punitivo estatal encargado a la jurisdicción.

### 4. EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 815

Esta norma, aunque más detallada, guarda muchas similitudes con el Decreto Ley Nº 25582. Está circunscrita a los delitos tributarios sancionados por el Decreto Legislativo Nº 813 (art. 1º). La oportunidad para "arrepentirse" será cuando se encuentra en trámite una investiga-

[103] EDWARDS: *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, cit., p. 45.

ción administrativa ante el órgano administrador del tributo, una investigación fiscal ante el Ministerio Público o un proceso penal ante el órgano jurisdiccional, en el que el arrepentido tiene la condición de implicado o imputado.

En igual forma que lo estatuido en el Decreto Ley Nº 25582 el implicado o imputado debe proporcionar información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito tributario, la cual debe hacer posible: **a)** evitar la comisión del delito tributario en el que interviene; **b)** promover el esclarecimiento del delito tributario en el que intervino; y, **c)** capturar al autor, autores y partícipes del delito tributario. El beneficio es otorgado, asimismo, por los jueces con criterio de conciencia y previa opinión favorable del Ministerio Público.

Es de destacar que el Decreto Legislativo Nº 815, *en primer lugar*, incorpora en la captura a los partícipes, que en una lectura técnica del Decreto Ley Nº 25582 no estarían comprendidos, aunque es del caso asumir una interpretación finalista para comprender a todos los participantes en el delito. *En segundo lugar*, diversifica los beneficios: **a)** la *eximición de pena* para el partícipe (cómplice e instigador), siempre que previamente paguen la deuda tributaria; y, **b)** la *reducción de pena* para el autor, la cual no puede ser superior a las dos terceras partes de la pena que corresponda. En el caso del partícipe, si el nivel o significación de su información no es absolutamente determinante, aunque tiene cierta importancia relativa, es posible concederle el beneficio de la reducción de pena, en los mismos términos que al autor (art. 8º). En *tercer lugar*, introduce, sólo para el partícipe, tres beneficios complementarios: **1.** Asignación de recursos económicos destinado a la obtención de trabajo **2.** Cambio de domicilio. **3.** Seguridad personal; beneficios que pueden ser otorgados dentro del proceso penal y puede ser previo a la sentencia si la situación del partícipe así lo requiera. En *cuarto lugar*, siguiendo el modelo antiterrorista, condiciona el beneficio otorgado a que el arrepentido no cometa nuevo delito tributario dentro de los diez años de habérsele otorgado el beneficio (art. 10º), aunque no fija el procedimiento correspondiente para hacer efectiva la revocatoria y la imposición de la pena que corresponda.

Respecto al procedimiento de colaboración eficaz, es del caso precisar lo siguiente: **1.** Que el "arrepentido" –'solicitante' en la ley– debe acudir voluntariamente ante el órgano que tiene a su cargo la investigación o el proceso penal (órgano administrador del tributo, Ministerio

Público o Juez o Tribunal de la causa). **2.** Que el primer acto procesal del solicitante será prestar una declaración, acompañado de su abogado defensor y en presencia del Ministerio Público, que constará en un acta debidamente formalizada y firmada por él, en la que debe constar, de un lado, su confesión veraz y detallada del delito, así como aportará o indicará cómo encontrar los elementos probatorios que corroboren su versión, o de otro lado, cualquier información que permita conocer la identidad y ubicación de los intervinientes en el delito tributario. **3.** Que esa información está sujeta a una comprobación de veracidad a través de una investigación complementaria. Se entiende que si el caso se encuentra ante el órgano administrador del tributo, éste se ocupará de su realización, mientras que si está en la Fiscalía corresponderá al Ministerio Público con la ayuda de la Unidad Especial de Investigaciones Tributarias de la Policía Nacional llevar a cabo las investigaciones; si la causa se encuentra en sede judicial, el órgano jurisdiccional ordenará a la indicada Unidad Especial de la Policía Nacional, bajo conducción de la Fiscalía –de acuerdo a su misión constitucional–, realice las indagaciones correspondientes. **4.** Que culminadas esas indagaciones, la decisión de otorgar los beneficios corre a cargo de la autoridad jurisdiccional, previo dictamen favorable del Ministerio Público. Es obvio que la decisión corresponderá, siempre y en todo caso, al Superior Tribunal, que tiene competencia plena en estos delitos por su naturaleza ordinaria–especial; el Juez Penal es un órgano de investigación, investido únicamente de jurisdicción semi–plena.

Un punto harto polémico se producirá cuando el arrepentimiento se produce en sede administrativa, de suerte que la Administración, sin recurrir al procedimiento de colaboración eficaz, decidirá abstenerse de denunciar los hechos al Ministerio Público, claro está respecto del partícipe. El problema se presenta porque la posibilidad de abstención de la Administración Tributaria no tiene parámetros vinculados a la noción de bagatela o poca culpabilidad y, siempre, bajo la perspectiva de falta de interés público en la persecución.

## 5. El Decreto Legislativo Nº 824

### *A. Aspectos generales*

El Decreto Legislativo Nº 824, denominado "Ley de lucha contra el tráfico ilícito de drogas", en su Título III denominado "Beneficios Pro-

cesales y Penitenciarios Excepcionales", contempla normas de derecho penal premial de carácter sustantivo, así como normas procesales configuradoras de un proceso por colaboración eficaz, que inclusive, a semejanza de las normas antiterroristas, alcanzan al penado. Por tanto, no se trata de beneficios procesales (que no tiene ninguno), no obstante la posibilidad de haber acudido al Proyecto de 1995, sino de normas de derecho penal material, procesal y de ejecución vinculadas a la premialidad y a la colaboración eficaz del imputado o reo.

*B. Derecho penal material*

Desde el punto de vista del derecho material, el D. Leg. Nº 824 contempla no sólo la exención de pena, sino también la remisión de la misma para el condenado. Este modelo no acepta la atenuación especial de pena. Dos son los casos de exención de pena respecto de la información, siempre oportuna y veraz, proporcionada por el "arrepentido", atendiendo a su eficacia o utilidad: **a)** que permita identificar y detener a dirigentes o jefes de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas o a las actividades de tráfico ilegal de armas o lavado de dinero, siempre vinculadas al tráfico ilícito de drogas; y, **b)** que determine el decomiso de productos o efectos vinculados al indicado delito, que establezca fehacientemente el funcionamiento de una organización dedicada al tráfico de drogas, o que permita la identificación de los dirigentes o jefes y el desbaratamiento de la organización criminal.

En cuanto a la remisión de la pena, ésta operará en los supuestos anteriores respecto a los condenados por los delitos básico de tráfico ilícito de drogas (art. 296º del Código Penal), lavado de dinero (arts. 296º–A y 296º–B del Código Penal) y tráfico ilegal de armas (art. 279º del Código Penal),

La ley trae una definición de "dirigente", "jefe" o "cabecilla", de "firmas", "cárteles" y "organizaciones" harto discutible. No se sustenta en el significado natural de las palabras, esto es, tales términos no designan a quienes controlan dicha organización en atención a su posición jerárquica y de poder interno, sino a los que oportunamente haya registrado o identificado como tales por la Policía Nacional, el Ministerio Público y los organismos de inteligencia de la Policía. Tal descripción (art. 19º *in fine*) es por cierto inconstitucional, pues no sólo no cumple el requisito de taxatividad sino que además despoja al Poder Judicial de su misión de interpretación del alcance de las normas y ata su parecer a

lo que sostengan los órganos de la acusación, lo que adicionalmente vulnera la igualdad de armas y el propio debido proceso.

Los beneficios de exención y de remisión de pena, antes aludidos, no son aplicables: 1. A los dirigentes, jefes y cabecillas de las bandas u organizaciones denominadas "firmas", o "cárteles", dedicados al tráfico ilícito de drogas. 2. A los que se acogieron a los beneficios de la Ley Nº 26320 (terminación anticipada). 3. A los funcionarios o servidores públicos encargados de la prevención, investigación, juzgamiento y ejecución de las penas por dichos delitos.

Esta norma prevé una suerte de indulto atípico, pues lo condiciona no a una situación especial del condenado respecto de la pena impuesta sino a su colaboración con la justicia, en la medida en que sea primario, que el delito objeto de condena sea de mediana entidad: arts. 298º, 300º–302º del Código Penal, y que haya cumplido un tercio de pena privativa de libertad.

El art. 24º ratifica la condicionalidad de los beneficios otorgados. El arrepentido debe firmar un acta con clave y con el carácter de Declaración Jurada, comprometiéndose a no cometer nuevos delitos por delitos de tráfico ilícito de drogas. De volver a ha cometerlos, señala la norma, "...no se podrá acoger a ningún *beneficio penitenciario* posterior, perdiendo los ya adquiridos". El error de la norma es denominar "beneficios penitenciarios" a los beneficios de exención de pena, remisión de pena y de indulto atípico, cuando en puridad de verdad son premios o beneficios excepcionales de derecho penal, que nada tiene que ver con la liberación condicional, semi libertad, etc. Por consiguiente, es de entender la norma como que los imputados pierden los beneficios concedidos y no pueden ser objeto de similares beneficios por segunda vez. Lamentablemente, la ley no ha previsto el procedimiento de revocatoria y consiguiente imposición de la sanción, previo proceso declarativo, específicamente en el caso de la exención de pena.

*C. Lineamientos procesales*

El primer acto procesal, que revela la voluntad de someterse al procedimiento por colaboración eficaz, es la presentación voluntaria del imputado o reo ante quien tiene a su cargo la investigación o el proceso penal contra él: si se está en la fase preprocesal, la presentación se hará ante la Policía, con la presencia obligatoria del Ministerio Público (no

bajo su conducción, como lo exige la Constitución); si la causa se encuentra en sede judicial, se hará ante el magistrado respectivo; y, si se trata de un condenado, la presentación se hará ante la Sala que emitió sentencia.

Corresponde a la autoridad correspondiente adoptar, acumulativamente, cuatro medidas de seguridad: **1.** Secreto de la identidad del arrepentido. **2.** Asignación de una clave, que continuará durante todo el procedimiento. **3.** Traslado imperativo, por fines de seguridad, a un Centro Especial de Reclusión fijado por el Ministerio de Justicia en coordinación con el Ministerio del Interior. **4.** Imposición de una identidad ficticia.

Producido el primer testimonio incriminador, se dispondrá la realización de una investigación complementaria corroboratoria de la veracidad, oportunidad y eficacia de la información proporcionada. Esta investigación será constatada obligatoriamente con la presencia del Fiscal (¿no conducida y dirigida por él?).

Una vez culminada la investigación (no se fija un plazo específico al respecto, por lo que la Fiscalía en atención a su atribución constitucional de conducción de toda investigación de un delito la fijará caso por caso), a instancia del Fiscal o del propio arrepentido, se procederá del siguiente modo, según se trate del beneficio requerido. Así tenemos:

**1.** En los casos de *exención de pena*, el Fiscal formalizará denuncia penal contra las personas involucradas por el arrepentido que resulten del contenido de la investigación complementaria, a la vez que en vía incidental y en cuaderno aparte solicitará que el arrepentido sea considerado como testigo. El Juez Penal se limitará a emitir un informe pronunciándose sobre la viabilidad del beneficio impetrado por el arrepentido. La Sala Penal se pronunciará definitivamente en el plazo de 15 días, previa vista fiscal. Si se declara fundada la solicitud de exención de pena, se dispondrá la inmediata libertad del arrepentido y el inmediato archivamiento de los procesos penales por tráfico ilícito de drogas instaurados en su contra siempre que se encuentren pendientes.

**2.** En los casos de *remisión de pena*, la Sala Penal con los actuados producto de la investigación complementaria que ha realizado la Policía con la intervención directiva de la Fiscalía, las remitirá al Fiscal Provincial correspondiente, quien procederá a plantear formalmente la solicitud en la forma prevista en el punto anterior, sin perjuicio de su actuación autónoma respecto de las personas involucradas con la declaración del arrepentido, respecto de los cuales obviamente la Policía le

habrá remitido el Atestado correspondiente. El trámite ulterior será el mismo que para el caso de exención de pena.

3. En los casos de indulto, luego de la investigación complementaria, la Fiscalía elevará lo actuado en lo estrictamente concerniente al arrepentido al Ministerio de Justicia–Comisión de Indultos. Una vez recibida la información del INPE certificando que es delincuente primario, que ha cumplido el tercio de la condena impuesta y que ha presentado buena conducta, se procederá a calificar la petición para su elevación al Presidente de la República, con arreglo al procedimiento establecido para el trámite de indultos.

El trámite debe realizarse en un plazo máximo de tres meses contados a partir de la recepción de la solicitud, el cual puede ser ampliado otros tres meses. Se entiende que la ampliación corresponderá a la Policía o al Organo Jurisdiccional, según el caso. La decisión de la autoridad, cualquiera que sea, se comunicará a la Dirección Nacional Antidrogas de la Policía Nacional y a la Procuraduría Pública correspondiente la información respectiva. Ésta tendrá carácter secreto y servirá para que la Policía adopte las medidas de seguridad y de registro y control que correspondan.

Es interesante destacar que si la solicitud del arrepentido no es aceptada, las declaraciones y los medios acordados se tendrán como inexistentes y no podrán ser utilizados en su contra. Es obvio que frente a una desestimación, cabe el procesamiento penal del imputado, pero no podrá utilizarse en su contra sus declaraciones, como las evidencias que pudieran haberse obtenido a partir de su colaboración desestimada.

## 6. EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 902

### *A. Derecho penal premial*

El derecho premial también se ha impuesto en las conductas de criminalidad común y especialmente grave. El art. 1º del Decreto Legislativo Nº 901 comprende a las figuras de *terrorismo agravado* (Decreto Legislativo Nº 895) y *delitos agravados*: asesinato, secuestro, violación sexual de menor de catorce años, violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave, robo, robo agravado y extorsión (Decreto Legislativo Nº 896).

Tres son los beneficios acordados: reducción de pena (disminución de la sanción prevista en el tipo penal), exención de pena (suspensión

de la aplicación de la sanción prevista en la ley) y remisión de pena (perdón o cancelación de la pena impuesta). Por tanto, están radicados a los implicados en la fase preprocesal, a los procesados en general y a los condenados; el art. 2º del Decreto Legislativo Nº 901 también incluye a quienes ni siquiera se encuentran comprendidos en una investigación policial. Estos beneficios son otorgados por la justicia ordinaria (concordancia de los arts. 3º del Decreto Legislativo Nº 901 y 17º–19º del Decreto Legislativo Nº 902), a quienes "*brinden información oportuna y veraz que permita conocer detalles que conduzcan a la desarticulación y captura de una banda, asociación o agrupación criminal*" (art. 1º del Decreto Legislativo Nº 901).

La *exención de pena* se impone al partícipe (instigador o cómplice, arts. 24º y 25º del Código Penal) de los delitos previstos en los Decretos Legislativos Nº 895 y 896. La *remisión de pena* opera respecto del sentenciado por los delitos antes indicados, que se encuentre cumpliendo pena privativa de libertad, a excepción de cadena perpetua. En ambos casos la colaboración voluntaria del arrepentido consiste en proporcionar información oportuna y veraz que permita concurrentemente: **a)** conocer detalles de las organizaciones criminales, su funcionamiento e identificación de los jefes, cabecillas, dirigentes y de sus principales integrantes; y, **b)** impedir o neutralizar futuras acciones o capturar a los delincuentes.

La *reducción de pena* se aplica en los siguientes supuestos:

**1.** Al que, *en primer lugar*, voluntaria y definitivamente abandone su vinculación con la organización criminal y la realización de los delitos previstos en los Decretos Legislativos Nºs 895º y 896º; y *en segundo lugar*, se presente a la Policía Nacional, al Ministerio Público y a la autoridad judicial ordinaria o judicial militar competente de cualquier lugar del país: **a)** confesando los hechos delictivos en que hubiere participado; y, **b)** revelando los nombres de los que integran la organización criminal. En estos casos, la pena podrá ser reducida en dos tercios del mínimo penal. La reducción es tasada y está en función al mínimo de la pena conminada por el tipo penal perpetrado.

**2.** Al que en el transcurso de una investigación policial o en cualquier estado del proceso penal vinculado a los delitos previstos en los dos Decretos Legislativos analizados, y siempre hasta antes de la acusación fiscal, concurrentemente: **a)** confiese el delito perpetrado; y, **b)** colabore con la investigación. La reducción podrá ser reducida hasta la mitad del míni-

mo legal. Se trata de una reducción graduable por el Juez en función a la magnitud y relevancia de la colaboración, pero que no se aplica al que fue detenido en delito flagrante.

3. Al que se encuentre incluso en delitos sancionados con cadena perpetua de las dos normas estudiadas, sólo podrá obtener una reducción hasta un mínimo de quince años. Igualmente es un beneficio graduable.

Están excluidos del beneficio de reducción de pena de cadena perpetua, tanto los jefes, cabecillas o dirigentes de organizaciones criminales, cuanto el autor material y el intelectual [104].

La revelación de nombres y la colaboración con la investigación no sólo importa identificar a los jefes, cabecillas o dirigentes de organizaciones criminales, sino que la información ha de hacer posible su captura.

Los beneficios están sujetos a una condición: no comisión de un nuevo delito de terrorismo agravado o delito agravado dentro de los diez años de otorgado el beneficio. En este caso, previo nuevo enjuiciamiento por el nuevo delito, se le aplicará por este último delito la pena de cadena perpetua (art. 7º, Decreto Legislativo Nº 901). No hay pues un procedimiento específico de revocatoria con un enjuiciamiento por el delito objeto del beneficio especial, sino que el nuevo ilícito contiene una pena tasada de cadena perpetua, lo que en buena cuenta significa reintroducir la figura de la reincidencia, con todos los efectos negativos que ello acarrea.

Los beneficios señalados en el Decreto Legislativo Nº 901 se aplican en función a los supuestos contemplados en su propio texto, con independencia de la solicitud del arrepentido; es decir, éste puede solicitar la exención, pero si la colaboración y la situación del propio arrepentido se amolda a una reducción, el Juez impondrá ésta (principio *iura novit curia*).

*B. Disposiciones procesales*

El Decreto Legislativo Nº 902 es el más detallado de las normas sobre colaboración eficaz. Se circunscribe al procedimiento para la aplica-

[104] Esta última es una figura no incorporada en nuestro Código Penal, siendo de destacar que no puede denominarse así al instigador, quien es un partícipe aunque merece la misma pena del autor (HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 536).

ción de la premialidad para los delitos de terrorismo agravado y delitos agravados. Reconoce que el arrepentido, denominado *solicitante* en la ley, tiene derecho a tres garantías: **1.** Secreto de su identidad. **2.** Medidas de seguridad para su integridad personal. **3.** Derecho a contar con un abogado defensor. De igual manera, es requisito esencial para el testimonio del arrepentido la concurrencia obligatoria a la diligencia del Fiscal, sin perjuicio –claro está– de su abogado defensor.

Por otro lado, esta ley estipula que quien resulte comprometido por la imputación del arrepentido tiene el derecho a una exhaustiva investigación que permita recaudar las pruebas que acrediten fehacientemente su situación jurídica. Esta norma resulta positiva en tanto se entienda, como ya se dejó expuesto, que la sola imputación del arrepentido no puede justificar en modo alguno una sentencia condenatoria y tampoco una medida cautelar contra una persona; por ende, si las pruebas no se recaudan, no es posible ni siquiera el procesamiento del sindicado por la versión del arrepentido.

El procedimiento por colaboración eficaz, a nivel declarativo, consta de tres etapas muy bien definidas. Son: **1.** Etapa postulatoria, que consta de la presentación y de la declaración. **2.** Etapa de verificación fiscal–policial. **3.** Etapa decisoria.

*1. Etapa postulatoria.* Específicamente, se precisa que el *solicitante,* para iniciar el procedimiento, debe presentarse voluntariamente, solo o acompañado de una persona de su confianza, en cualquier sede del país, a una autoridad policial, fiscal (Fiscal Provincial o Superior), judicial (Juez Penal, Mixto o de Paz) o penitenciaria (sólo en el caso de que estuviera recluido en un Establecimiento Penal). El art. 10º de la norma estatuye que el *solicitante* podrá comunicarse con la autoridad elegida personalmente o a través de un familiar o persona de confianza, a fin de que ésta coordine su declaración, garantice la presencia del Fiscal y requiera el auxilio de la Unidad Especializada de la Policía Nacional. Ante estas autoridades, luego de identificarse, debe: **1.** Comprometerse a abandonar voluntaria y definitivamente de toda actividad ilícita; **2.** Precisar su situación y cargo dentro de la organización criminal a la que pertenece; **3.** Confesar los delitos cometidos; **4.** Proporcionar información que permite impedir o neutralizar futuras acciones delictivas.

Estas declaraciones, prestadas con asistencia de un defensor y con asistencia del Fiscal, como ya se precisó, en el plano formal, deben constar en un acta; y, en desde la perspectiva finalista, deben permitir: **a)** desarticular

organizaciones criminales; **b)** liberar a las personas cautivas o secuestradas; **c)** recuperar armamento, explosivos u otro material utilizados por las organizaciones criminales; y, **d)** evitar la comisión de nuevos delitos.

Se entiende que la información que proporcione está en función a lo que hizo y lo que sabe: si el solicitante no sabe sobre la posible puesta en ejecución de delitos, obviamente no va a declarar sobre ello. Por tanto, las indicaciones del art. 9º, estipuladas en el párrafo anterior, son alternativas.

*2. Etapa de verificación.* La información que proporciona el arrepentido debe ser investigada y contrastada. Corresponde a la Unidad Especializada de la Policía Nacional realizar las investigaciones correspondientes, las que coordinará con el Servicio de Inteligencia Nacional a tenor de la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo Nº 902. El art. 15º establece que la verificación consistirá en: **a)** identificar por medio de la dactiloscopia al arrepentido; **b)** coordinar con las autoridades pertinentes (especialmente, Ministerio Público y Servicio de Inteligencia Nacional; **c)** recaudar las pruebas que acrediten los hechos denunciados; **d)** analizar, contratar y verificar las informaciones; y, **e)** formular el Informe Policial respectivo.

El Informe Policial, elaborado sobre las directivas enunciadas en el párrafo anterior, será remitido al Ministerio Público, para que el Fiscal y, en su caso, la autoridad judicial puedan decidir lo conveniente sobre el beneficio solicitado. Si el informe concluye que la información proporcionada es dolosamente falsa, se procederá a procesar penalmente al *solicitante* por denuncia falsa o falsedad genérica, según fuera el caso.

La decisión de iniciar el procedimiento de verificación policial–fiscal, está en función a la clase de beneficio solicitado. Si no existe proceso en trámite o la causa está en sede policial, el Fiscal decidirá la verificación; en cambio, si existe causa judicial, corresponde al Juez o a la Sala Penal, según la competencia funcional, disponer la verificación, en cuya virtud el Fiscal actuará según sus atribuciones. En caso se trate de un sentenciado que dese acogerse a la remisión de pena, el interno declarará ante el Fiscal y éste dispondrá la verificación.

*3. Etapa decisoria.* El trámite varía según el beneficio requerido y si el arrepentido estaba o no sujeto a un proceso penal, en curso o en ejecución.

Si se trata del beneficio de exención de pena y no hubiera proceso penal en curso, el Fiscal Provincial con la denuncia que formule respecto de los incriminados por el arrepentido, obviamente si acepta su versión y

está de acuerdo con las conclusiones del Informe Policial, remitirá copia de lo actuado respecto del arrepentido al Fiscal Superior, quien dispondrá –de ser el caso– resolución de archivo o de abstención del ejercicio de la acción penal, la que elevará en consulta al Fiscal Supremo en lo Penal.

Si hubiere proceso penal en curso, el Juez Penal –a quien el Fiscal Provincial remitirá los actuados– formará un cuaderno incidental con copia de lo actuado y lo elevará a la Sala Penal, la que previa vista fiscal resolverá sobre la exención de pena, disponiendo, de aceptar la solicitud, el corte de la secuela del proceso respecto al beneficiado.

En ambos casos, si el beneficio es el de reducción de pena, la colaboración proporcionada se evaluará en la etapa del enjuiciamiento (art. 12º 'a' del D. Leg. Nº 902). Por tanto, el arrepentido será denunciado si no existe proceso penal en trámite, siguiéndose la causa con arreglo a su tramitación ordinaria–especial, correspondiendo la oportunidad de decidir el mérito del arrepentimiento en el acto oral.

Si se trata de remisión de pena, el Fiscal Provincial remitirá copia de lo actuado a la Sala Penal que dictó la condena (obviamente, el Atestado Policial incriminando a terceros será objeto de un proceso penal, el cual acompañará a su denuncia formalizada). La Sala resolverá previa vista Fiscal.

La decisión que emita la Sala Penal sobre los beneficios puede ser objeto de recurso de nulidad por el procesado, el Fiscal o el Procurador Público. Se elevará al Supremo Tribunal el cuaderno incidental respectivo. La Sala Penal Suprema absolverá el grado previo dictamen del Fiscal Supremo.

Si la Fiscalía o el órgano jurisdiccional no consideran que la información es veraz, oportuna y eficaz, declarará la improcedencia del beneficio y dispondrá el archivo definitivo de lo actuado. Obviamente, la decisión en referencia, en todos los casos, es objeto de recurso de nulidad, visto el agravio irreparable que para el solicitante significa la desestimación del beneficio impetrado.

Dos son los temas que merecen una discusión final. En *primer lugar*, que el Fiscal pueda decidir un beneficio especial, sin intervención judicial. En *segundo lugar*, que, de modo expreso, sólo se autorice al Procurador Público a recurrir de los beneficios concedidos.

La exención de pena, sobre la base de un injusto perpetrado culpablemente, no se entiende sin la decisión judicial correspondiente,

que es a final de cuenta la titular del poder punitivo del Estado. Toda limitación, por razones extraordinarias, de la potestad punitiva requiere la obligatoria intervención judicial. Recuérdese que se está resolviendo un conflicto jurídico penal y que el Fiscal es el promotor de la acción de la justicia, pero no decide sobre ella. Por consiguiente, esa atribución concedida al Fiscal de archivar la causa si no existe proceso en trámite y sea del caso eximir de sanción al arrepentido, importa un atentado al principio de exclusividad jurisdiccional previsto en el art. 139º.1 de la Constitución.

El art. 18º del Decreto Legislativo Nº 902 permite al Procurador Público recurrir de la resolución que otorga el beneficio de reducción, exención y remisión de pena. Es de precisar, en principio, que tal intervención –por razones básicas de legitimación procesal– sólo puede entenderse para los delitos de terrorismo agravado, por imperio de la Cuarta Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 895, en los que el Estado es agraviado y lo representa el Procurador Público a cargo de los Asuntos Especiales relativos a Terrorismo. De igual manera, es de apuntar que tal intervención se producirá siempre que el Procurador se constituya expresamente en parte civil, salvo que se trata de aquellos supuestos en los que no existe proceso en curso.

El hecho de otorgar al Procurador Público la posibilidad de recurrir, importa además permitirle intervenir en todo el procedimiento de colaboración eficaz, por lo que tendrá derecho a formular solicitudes, oposiciones, requerimientos, oposiciones, etc. y sólo para garantizar el interés indemnizatorio del Estado. Pero, si tal posibilidad se reconoce al Procurador, en tanto parte civil, también resulta lógico y acorde a las garantías de igualdad procesal y de tutela jurisdiccional que los agraviados privados también tengan la posibilidad de intervención e impugnación en resguardo de sus derechos e intereses legítimos.

El art. 21º del Decreto Legislativo Nº 902 reconoce a la persona comprometida por la información del solicitante una serie de derechos, a cuidado incluso del Fiscal, que por lo demás resultan obvios. Empero, se olvidó de enfatizar que la sola imputación de un arrepentido no constituye prueba alguna para procesarlo, detenerlo y condenarlo, tal como sí lo hace el art. 219º del Proyecto de 1995.

Por último, al solicitante del beneficio se le debe proporcionar seguridad personal y reserva de su identidad, asignándole una clave, que será utilizada hasta la obtención del beneficio. De igual manera, el pro-

cedimiento será "estrictamente secreto", se adoptarán todas las medidas para garantizar la existencia física de la documentación o del expediente y las medidas necesarias para ubicar y mantener al solicitante en un ambiente especial o en su domicilio, según sea el caso.

Un tema final es lo relacionado con el testimonio del arrepentido, sobre el que se guarda absoluto silencio. Es de considerar que el arrepentido debe ser llamado a juicio para que declare y se someta a contradicción, inclusive se confronte con el "comprometido" por su información. Esta omisión debe cubrirse, por lo que es del caso tener presente los modelos legislativos en curso sobre protección de testigos, uno de los cuales está incorporado en los arts. 458º–464º del Proyecto de 1995.

# CAPÍTULO XLIII
# LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES

SUMARIO: I. Incidentes procesales: 1. Concepto. 2. Notas características. 3. Clasificación. II. Procedimiento incidental: 1. Aspectos generales. 2. Incidentes en la etapa de instrucción. 3. Incidentes en la etapa de enjuiciamiento. 4. Incidentes en la etapa intermedia. III. Cuestiones incidentales especiales: 1. Cuestiones de competencia. 2. Cuestiones previas, prejudiciales y excepciones. 3. Incidentes de tachas.

## I. INCIDENTES PROCESALES

### 1. CONCEPTO

Carlos MIGUEL Y ALONSO apunta que en el desarrollo de los actos procesales pueden surgir obstáculos que por su categoría y caracteres provocan una situación de crisis. Agrega el citado autor que estos obstáculos pueden *incidir* en el desarrollo del proceso con muy diversos efectos y tienen siempre como criterio general para deducirlos el hecho que guardan relación bien con el objeto propio del proceso, bien con la validez del procedimiento; es decir, que se refieran, en suma, tanto a cuestiones de fondo como a cuestiones de forma [105].

El término incidente deriva del latín *incidere*, equivalente a algo imprevisto, algo que se presenta inesperadamente [106]. Como tal, es posible definirlo como toda cuestión o contestación accesoria que sobreven-

---

[105] MIGUEL Y ALONSO, Carlos: «Incidentes», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1977, T. XII, p. 135.

[106] PARRA QUIJANO, Jairo: *Derecho procesal civil*, Temis, Bogotá, 1992, T. I, p. 313.

ga o se forme durante el curso del proceso o acción principal y su nota característica es la vinculación inmediata con el proceso en que surge [107]. Como tal, vista su accesoriedad, según lo ha destacado el Supremo Tribunal, "las cuestiones que se refieran al fondo mismo de la demanda (nosotros diríamos "de la pretensión penal y civil" en el proceso penal), no deben ser resueltas incidentalmente, sino en la sentencia" [108].

## 2. NOTAS CARACTERÍSTICAS

El incidente está sujeto, al decir de Hugo ALSINA [109], a tres notas características. Son las siguientes:

*A.* Debe tener relación, más o menos inmediata, con el objeto principal del pleito, es decir, con el objeto procesal. Es una relación inmediata y directa, que obstaculiza el desarrollo del proceso, que sobreviene en su desarrollo y con motivo de éste. A esto se denomina *conexidad*, o lo que es lo mismo, la pretensión incidental debe ser conexa al principal. Se trata de una conexidad objetiva, es decir, que tiene relación con el asunto principal o con la validez del procedimiento, cuya apreciación por cierto se deja a la discrecionalidad judicial.

*B.* No es posible enumerar, ni siquiera aproximadamente, los incidentes que pueden surgir durante la tramitación del juicio. En muchos casos incluso es posible que los puntos en cuestión sean resueltos fácil y rápidamente por el juez y no requieran formación de un cuaderno aparte (cuerda separada) ni audiencia de las partes. En otros casos, la petición puede ser rechazada de plano por su ostensible malicia o manifiesta improcedencia.

*C.* En algunos casos el incidente tiene un trámite especial previsto en el Código, como es el caso de las recusaciones y de las tachas de testigos (arts. 33º y 156º del Código de 1940), pero en otros la ley no dice nada al respecto, por lo que resultan aplicables las disposiciones generales de los arts. 90º y 271º del Código de 1940, según la etapa del procedimiento.

---

[107] CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto: *Teoría general del proceso y de la prueba*, 6ª. ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 320.

[108] *Anales Judiciales*, 1871, Lima, p. 320.

[109] ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1942, T. II, pp. 733–734.

Una cuarta nota característica de los incidentes es la anotada por Aldo BACRE [110]. Los incidentes requieren petición de parte o de terceros, lo que significa que debe deducirlos quien tiene *interés en su promoción.* En el caso de los *terceros* puede mencionarse a título de ejemplo el incidente de devolución de bienes secuestrados o incautados: secuestro cautelar, solicitados por el propietario ajeno al delito. Es de anotar, sin embargo, que en el proceso penal también pueden ser introducidos de oficio por el juez, como es el caso –entre otros– de las excepciones y de la excarcelación. Todo incidente, finalmente, es *sobreviniente,* es decir, la pretensión incidental deberá incoarse después de instaurado el proceso.

## 3. CLASIFICACIÓN

Siguiendo a Ramiro J. PODETTI [111], los incidentes se clasifican, desde el punto de vista del procedimiento, en:

*A. Autónomos o nominados.* Son los que la ley regula en forma específica o propia, es decir, se refieren a cuestiones que sin ser esenciales en el desarrollo procesal, pueden considerarse normales y por ello han sido expresamente previstos. En el Código de 1940 están considerados: las cuestiones prejudiciales (arts. 3º y 4º), las cuestiones previas (art. 4º), las excepciones (art. 5º), la acumulación y desacumulación (art. 20º y Ley Nº 10124), la contienda de competencia (art. 23º), la declinatoria de jurisdicción (art. 27º), la recusación (arts. 32º y 33º), la oposición a la constitución de parte civil (art. 56º), la queja por detención arbitraria (art. 87º), el embargo (art. 94º), la libertad provisional (art. 184º, Código de 1991), la tacha de testigos y de peritos (arts. 156º y 165º), la devolución de objetos materia del delito (art. 188º), la libertad incondicional (art. 201º), la tacha de testigos y peritos ofrecidos por al defensa (art. 238º), la oposición a nuevos testigos ofrecidos por el Fiscal (art. 239º), el pedido de postergación del debate (art. 241º), la tacha de prueba instrumental presentada en el juicio oral (art. 262º), la prórroga de audiencia para acusación complementaria (art. 263º) y la suspensión de audiencia por enfermedad de los sujetos procesales (art. 268º).

---

[110] BACRE, Aldo: *Teoría general del proceso,* Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1991, T. II, p. 550.

[111] BACRE: *Teoría general del proceso,* cit., T. II, pp. 549–551.

*B. Genéricos o innominados.* Son los que la ley no regula de manera específica. Una vez que pasan el examen de admisibilidad y de procedencia (requisitos objetivos: forma y contenido, y requisitos subjetivos: competencia y sujetos), se someten a una regulación general que en el Código de 1940 se recoge en los arts. 90º y 271º.

En *segundo lugar*, la nota esencial del sistema de incidentes en el proceso penal vigente, desde el punto de vista de sus efectos, es que *no tienen carácter suspensivo.* Su interposición no determina la suspensión del proceso. No se les puede calificar, en ningún caso, de incidentes o cuestiones de previo y especial pronunciamiento.

El art. 90º del Código de 1940, que se encuentra en el Libro Segundo, dedicado a la Instrucción, sanciona expresamente que los incidentes no interrumpen el curso del proceso principal. El art. 271º del mismo Código autoriza al órgano jurisdiccional a resolver el incidente que se deduzca en el curso del juicio oral inmediatamente o aplazarlos para resolverlo en la sentencia.

En *tercer lugar*, según su objeto, pueden tratarse de incidentes que se refieren al fondo del proceso o que se circunscriban a la validez del procedimiento (forma). En este último supuesto es de citar, por ejemplo, el incidente de nulidad de actuados por defecto de notificación o por vulneración de una norma de procedimiento y la reposición de resoluciones de mero trámite. En este último caso la jurisprudencia suprema dictada al amparo del Código de Procedimientos Civiles señaló que "los incidentes de nulidad de actuados pueden ser promovidos para enmendar vicios de procedimiento o defectos u omisiones de derecho instrumental indispensable, pero no para impugnar la validez de las decisiones jurisdiccionales de carácter definitivo" [112].

## II. PROCEDIMIENTO INCIDENTAL

### 1. ASPECTOS GENERALES

El procedimiento incidental, puntualiza CLARIÁ OLMEDO, es provocado por el planteamiento de una cuestión concreta con sentido de re-

[112] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 123.

clamación, oposición o resistencia formal que incida en el desarrollo del proceso o en la eficacia de un momento o acto del mismo [113]. Esta proposición, como ya se sostuvo, puede provenir de una de las partes o de un tercero; también el procedimiento incidental puede provocarse de oficio por el juez de la causa, cuando advierte la presencia de una cuestión de inevitable consideración y la ley le impone escuchar en contradictorio a los interesados.

Tratándose de proposiciones de las partes o terceros, con arreglo al art. 130º del Código Procesal Civil deben ser dirigidos por escrito al juez del proceso, oportunidad en que debe exponerse los hechos en que se funden. Además, de ser el caso, debe ofrecerse medios probatorios en el mismo escrito (art. 189º CPC), salvo que ya se encuentren en el proceso. Obviamente, se acompañan, asimismo, los recaudos correspondientes (copias, firma de letrado, etc.).

El incidente se deduce y tramita ante el juez del proceso principal, en rigor ante quien lo tramita. El juez debe analizar, en primer lugar, su admisibilidad y procedencia; por consiguiente, puede rechazar la cuestión *in limine* o de plano si no cumple con los presupuestos o *requisitos objetivos* (que se trate de una cuestión conexa, que se deduzca por quien tiene legítimo interés en su promoción y que su objeto sea jurídicamente posible) *y subjetivos* (que se promueva ante el órgano judicial que corresponda, que se haga dentro del plazo fijado por la ley, si es que existe plazo legal, y que se presente en debida forma según lo indicado en el párrafo anterior).

El art. 90º del Código de 1940 sanciona una causal adicional de improcedencia de la demanda incidental. Si ésta se sustenta en los mismos hechos que fueron materia de una resolución anterior o que tuvieran el mismo objeto o finalidad que aquellas ya resueltas, debe rechazarse de plano. Se requiere, en *primer lugar*, resolución firme; y, en *segundo lugar*, que la pretensión incidental reitere una cuestión resuelta sobre la misma base fáctica o que esté referida a un medio de defensa de igual o idéntico objeto o finalidad procesal.

La práctica jurisprudencial ha establecido que cuando sea del caso tramitar los incidentes en cuaderno aparte, según los supuestos que lue-

---

[113] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1962, T. VII, p. 10.

go se estudiarán, no es posible tramitarlos conjuntamente. La Corte Superior de Lima, en el caso de excepciones, ha precisado que cada excepción debe merecer un cuaderno independiente sancionando con la nulidad si no se ha procedido en esa forma [114]. Es de entender, sin embargo, que no existe norma legal que imponga ese criterio y más bien el principio de concentración, que es seguido por otras legislaciones de modo expreso, fuerza optar por el criterio de la tramitación conjunta.

Las cuestiones accesorias que se susciten en el curso de un incidente, como es obvio, no están sujetas a un trámite excepcional y por tanto deben decidirse en la misma resolución que resuelva el incidente. Ello significa, al decir de DEVIS ECHANDÍA, que no pueden iniciarse otros incidentes motivados por el trámite de uno de ellos [115].

## 2. INCIDENTES EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

El Código de 1940, definitivamente, reconoce dos tipos de trámites en función a las etapas del procedimiento penal. En el caso de incidentes propuestos durante la etapa de instrucción judicial, superada la fase de admisibilidad y procedencia, corresponde al juez decidir si requiere o no tramitación por cuerda o pieza separada. Se entiende que la tramitación conjunta con el principal se producirá cuando no existan hechos que probar y se cuestione la omisión de un trámite esencial o cuando la dilucidación de la cuestión es condición necesaria para la realización del acto procesal reclamado, de suerte que por su propia naturaleza requiere una decisión de previo pronunciamiento.

Como el trámite incidental tiene su fundamento en el principio de bilateralidad, resulta indispensable correr traslado acordándose al efecto un plazo judicial determinado. La contestación se somete, como es obvio, a las mismas exigencias que la denominada "demanda incidental". La omisión del traslado y de todo trámite ulterior se puede producir en casos excepcionales, permitidos por la ley, tales como la decisión acerca de la reposición "...cuando el vicio o error es evidente ..." (art. 363º CPC).

---

[114] Ejecutoria superior de 30 de setiembre de 1997, Exp. Nº 3838-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, Grijley, Lima, 1999, p. 491).

[115] DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho procesal civil*, 8ª. ed., Diké, Medellín, 1994, T. III, Vol. II, p. 221.

Vencido el término del traslado, el juez dispondrá la actuación de las pruebas propuestas por las partes y, asimismo, las que considere necesario actuar. Las pruebas que pueden actuarse son aquellas estrictamente necesarias al fin propuesto. El término de actuación es de ocho días.

Los incidentes se resuelven mediante auto. En tanto se trata, como plantea León BRAILOVSKY, de un auténtico proceso de cognición, especial, por referirse a planteamientos concretos y concluye con declaración decisoria específica del órgano interviniente [116], la resolución emitida debe tratarse de un auto, pues requiere motivación expresa para su pronunciamiento (art. 121º CPC).

El art. 90º establece que la *vista fiscal*, que como es evidente sólo se dispondrá cuando el incidente no ha sido instado por el Ministerio Público, se impone en las cuestiones que la ley expresamente lo contempla. Al respecto, la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que la vista fiscal procederá (concordancia de los arts. 94º.5 y 91º) en los casos de: **a)** cuestiones de competencia; **b)** recusación o inhibición; **c)** acumulación y desacumulación; **d)** cuestiones previas, prejudiciales y excepciones; **e)** constitución de parte civil; **f)** embargo y sustituciones; **g)** libertad provisional; y, **h)** libertad incondicional. En tal virtud, todo incidente que no se encuentre en este listado taxativo, y siempre que la ley no lo imponga, sólo requerirá el traslado respectivo; el dictamen fiscal, como paso previo a la resolución judicial, se impone a título de *numerus clausus* en los supuestos arriba anotados.

Se entiende, en los procedimientos sumarios o abreviados, que los incidentes pendientes al tiempo de fallar, serán resueltos en la sentencia. Se trata de una regla impuesta desde el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (aprobado por la Ley Nº 1510, de 15 de diciembre de 1911), art. 203º, y que la primera norma que instauró este procedimiento la siguió imponiendo parcialmente al ordenar que se resuelvan conjuntamente con la sentencia, a excepción de las contiendas de competencias y las excepciones de prescripción, amnistía y cosa juzgada (Decreto Ley Nº 17110, art. 11º).

Sobre el particular es del caso tener presente el Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de 1933, que señaló que si se está en el mo-

[116] BRAILOVSKY, León: «Incidente», en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1989, T. XV, p. 372.

mento de dictar sentencia y se encuentra pendiente resolver una cuestión incidental, es del caso estudiar en primer lugar esa cuestión al punto que el juez deberá abstenerse de pronunciarse sobre el fondo del asunto si la cuestión incidental exige la reposición de la causa a un estado procesal anterior (aquí es del caso tener presente el supuesto de una excepción que es fundada) [117].

El auto que resuelve el incidente es apelable. El procedimiento recursal es el que corresponde a la apelación de resoluciones interlocutorias.

### 3. INCIDENTES EN LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

Si las cuestiones incidentales se producen en el curso del juicio oral, no es del caso disponer la formación de un cuaderno aparte. Dice el art. 271º del Código de 1940 que se plantean verbalmente, pero sus conclusiones forzosamente se presentan por escrito. Previo traslado a la parte contraria, en respeto al principio de bilateralidad, se resuelven inmediatamente o se aplazan para resolverlas en la sentencia. Su interposición puede generar actuación probatoria, siempre que existan hechos que probar y, de ser el caso, en atención a su complejidad o importancia, la suspensión de la audiencia.

El Supremo Tribunal ha establecido al respecto lo siguiente: **a)** que si el Fiscal no ha planteado la cuestión incidental, no se requiere que presente conclusiones escritas; **b)** que sólo está obligado a presentar conclusiones escritas la parte que ha deducido el incidente; **c)** que la no presentación de las conclusiones escritas anula la resolución del Tribunal que se pronuncia sobre la incidencia planteada. De igual manera, la Corte Suprema ha reiterado que las cuestiones fundamentales como la referente a la irresponsabilidad del acusado, no pueden ser tramitadas ni planteadas en forma incidental, sino que deben ser apreciadas en la sentencia que pone término al juicio [118].

Se entiende, igualmente, que las cuestiones incidentales pueden presentarse en cualquier momento del desarrollo del debate oral, aun-

---

[117] *Anales Judiciales*, 1933, Lima, p. 324.

[118] GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., pp. 459–460.

que siempre que se presenten durante los períodos inicial y probatorio, no cuando el juicio ingresó al período decisorio. MIXÁN MASS ha identificado algunas de ellas, en cuanto situaciones especiales que emergen en el desarrollo del juicio oral. Se trata de: **a)** excepciones; **b)** prórroga de audiencia para acusación complementaria; **c)** retiro de acusación fiscal; **d)** tacha de testigos y tacha de documentos; **e)** incompatibilidad en la defensa; y, **f)** recusación [119]. Es de entender que si el Tribunal opta por resolverla inmediatamente o luego de suspender la audiencia, lo debe hacer mediante auto debidamente motivado, el cual debe leerse en el acto oral bajo pena de nulidad [120].

Una ejecutoria suprema señaló que no son admisibles las excepciones o artículos de previo pronunciamiento que tienden a cortar el procedimiento y a frustrar así el objeto del juicio [121]. Esta decisión, sin duda alguna, no es correcta. El art. 271º del Código reconoce las cuestiones incidentales y, dentro de ellas, se encuentran verbigracia las excepciones, por lo que no se puede rechazar de plano lo que la ley expresamente permite. Por lo demás, y dicho a título de ejemplo, si resulta que la acción penal ha prescrito o que se está vulnerando el *ne bis in idem*, es absolutamente razonable poder declararlo y evitar toda la secuela de un juicio.

De igual manera no es fundada la ejecutoria suprema que señala que "los incidentes que se plantean en el curso del juicio oral deben ser reservados para resolverlos en la sentencia" [122], pues tal decisión colida con lo expresamente señalado en el art. 271º que deja a discreción del juzgador pronunciarse inmediatamente o dejar la dilucidación de la cuestión incidental para la sentencia. Hay casos, sin duda alguna, que deben resolverse con la sentencia, como serían la tacha de documentos y de testigos; y, otros que deben decidirse inmediatamente, tales como la incompatibilidad de la defensa y la recusación, pues sin si dilucidación previa resulta imposible la continuación del debate. La discrecionalidad del juzgador está condicionada a la naturaleza de la cuestión incidental planteada.

---

[119] MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975, pp. 234–241.

[120] *Anales Judiciales*, 1952, Lima, p. 150.

[121] *Anales Judiciales*, T. XLI, 1945, Lima, p. 296.

[122] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, Lima, p. 482.

La posición de la Corte Suprema, de insistir en que abierto el juicio oral no son admisibles las cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales, parte de una consideración básica. El Fiscal Supremo, Sr. Sotelo, en un dictamen de fecha 5 de mayo de 1946 había expresado que "*...clausurado este procedimiento investigatorio y establecido por resolución del Tribunal Correccional que le pone fin que hay delito justiciable y que procede el juicio oral correspondiente, la interposición de excepciones es ya improcedente y extemporánea, por haberse definido como delictuosa y justiciable en esa resolución que debe cumplirse, la condición jurídica del inculpado, la misma que sólo la sentencia definitiva que le ponga fin podría rectificar...*" [123]. Esta tesis, sin duda alguna, no advierte los alcances procesales del auto de enjuiciamiento, que sólo se limita a autorizar el paso a la tercera etapa del procedimiento penal y, en todo caso, no enerva lo dispuesto en el art. 271º del Código de 1940. Si se entiende que la excepción importa una cuestión incidental y no de mérito, que tiene un definido carácter procesal y que su objeto se encuentra predeterminado por la ley rituaria, no es posible mencionar conceptos tales como rectificación o que el auto de enjuiciamiento define el delito justiciable, desde que la calificación definitiva de la delictuosidad de una conducta se realiza en la sentencia y que no corresponde al auto de enjuiciamiento calificar, aun de modo provisional, la delictuosidad de los hechos objeto de acusación fiscal.

### 4. Incidentes en la etapa intermedia

La ley no se pronuncia acerca de los incidentes en la etapa intermedia. Se entiende que esta etapa es eminentemente escrita y que tiene como una de sus notas características la depuración del procedimiento y la dilucidación de la concurrencia de los presupuestos del juicio oral. En tal virtud, aun cuando por su propia dimensión y naturaleza no resulta aceptable la formación de cuaderno aparte, si es viable el planteamiento de cuestiones incidentales y, aún más, deviene imperativo que se resuelvan antes del inicio del juicio oral.

La Corte Suprema ha establecido que "las excepciones –lo que puede extenderse a todo tipo de cuestión incidental– que se deducen en-

[123] Ejecutoria suprema de 22 de mayo de 1946 (*Revista de los Tribunales*, Nº 663, Lima, 1946, p. 419).

contrándose la instrucción en estado de realizarse el juicio oral, deben ser reservadas para resolverlas en la sentencia, mas no en forma previa a dicho juicio" [124]. Esta decisión, empero, no es aceptable en toda su dimensión, por cuanto si la etapa intermedia no ha concluido y el trámite de traslados no entorpece la solución de la causa, amén de no ser necesaria actividad probatoria específica, el surgimiento de una cuestión incidental es procedente y su resolución debe merecer un auto que resuelva la instancia como artículo de previo pronunciamiento al acto oral. Obviamente, si ya se dictó el auto de citación a juicio, la cuestión incidental debe reservarse al acto oral, pero su solución no necesariamente, como ya se dejó expuesto, debe esperar a la sentencia.

## III. CUESTIONES INCIDENTALES ESPECIALES

Como ya se dejó expuesto, la ley en determinados casos muy puntuales fija un procedimiento un tanto distinto al genérico previsto en los arts. 90º y 271º, cuyas disposiciones sólo se aplican supletoriamente.

Es de citar las cuestiones de competencia, las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales y las tachas, respecto de los cuales cabe realizar algunas digresiones.

### 1. CUESTIONES DE COMPETENCIA

El Código de 1940 prescribe que las contiendas de competencia son resueltas por el tribunal superior común a los jueces en conflicto (arts. 24º y 25º). De igual modo es el caso de la declinatoria de jurisdicción (art. 28º), imponiendo una tramitación distinta a la común de los incidentes.

Lo mismo debe ocurrir en los casos de recusación y de disconformidad con la inhibición. En ambos casos, existe un trámite preliminar ante el juez recusado o inhibido con la respectiva formación del cuaderno y elevación del informe. El Tribunal Superior resuelve el incidente sin más trámite que la audiencia del Ministerio Público, dentro de tercero día. Contra esa decisión no procede recurso de nulidad (art. 36º). Es de tener presente que este incidente es parcialmente suspensivo, pues el juez recusado sólo

[124] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, Lima, p. 479.

puede actuar las diligencias taxativamente permitidas por el art. 34º, bajo sanción de nulidad tal como lo ha establecido la jurisprudencia superior de Lima [125]. Si la recusación es contra vocales, se resuelve por el propio tribunal integrándose el colegiado con otro vocal, previo trámite del informe del magistrado recusado y vista fiscal (art. 40º).

2. CUESTIONES PREVIAS, PREJUDICIALES Y EXCEPCIONES

En el común de los procesos estos tres medios de defensa técnicos son resueltos por el propio juez penal. Se tramitan en cuerda separada y de conformidad con los ritos impuestos por el art. 90º del Código de 1940. La Corte Suprema ha precisado que tanto las excepciones como las cuestiones prejudiciales se resuelven con el mérito de las copias que deben organizarse, formando incidente aparte a fin de no interrumpir la investigación penal [126]. La vista fiscal es un trámite obligatorio, que también procede en las instancias de apelación y nulidad.

En los procedimientos con especialidades procedimentales este trámite se modifica sustancialmente. Así tenemos que en el procedimiento por delitos con propósito terrorista (Decreto Ley Nº 25475, art. 13º) se resuelven en la sentencia y, obviamente, por el Tribunal Superior. Igual trámite excepcional se sigue en el procedimiento por delitos agravados (Decreto Legislativo Nº 897, art. 2º 'b').

3. INCIDENTES DE TACHAS

El art. 156º del Código de 1940 prescribe que debe comunicarse al imputado y su defensor el nombre de los testigos antes que declaren. Este conocimiento, que por razones de igualdad procesal también se extiende a la parte civil y al Fiscal Provincial, posibilita a las partes personadas tachar a los testigos citados en orden a su capacidad y a su imparcialidad.

La Corte Superior de Lima ha señalado que la tacha contra testigos no pueden deducirse después de producida la declaración testimonial

[125] Ejecutoria Superior de 12 de diciembre de 1997, Exp. Nº 2085–97–A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 238).

[126] *Anales Judiciales*, T. XLIV, Lima, 1948, p. 306.

porque deviene en extemporánea [127]. No es de compartir esta tesitura jurisprudencial, toda vez que la ley no prohíbe la proposición de la tacha luego de producida la testifical y de su propia naturaleza no se desprende tal limitación; además, como es razonable tener presente, puede presentarse el caso que la causal de tacha llegue a conocimiento del imputado, fiscal o parte civil con posterioridad al ofrecimiento de la testimonial y a su actuación.

Si bien la norma no impone en estricto derecho la obligación de probar las tachas que se deducen, a diferencia del Código de 1920, en cambio se traslada la obligación inmediata al Juez, quien debe realizar de oficio las investigaciones correspondientes, previa indagación al proponente de la tacha de los motivos y evidencias con que cuenta o puede aportar. Esta omisión es sancionada con la nulidad de lo actuado, tal como ha sido declarado por la Corte Superior de Lima [128].

Es de destacar que la función del juez penal se limita a los actos de comprobación de la tacha, es decir, a desarrollar una actividad de averiguación en orden a los fundamentos de la tacha, la cual por lo demás no impide que se lleve a cabo la testifical. Si se trata de un procedimiento sumario o abreviado, la tacha necesariamente se resuelve en la sentencia, puesto que un aspecto de la valoración de la prueba es el juicio de credibilidad del testimonio, por lo que de ninguna manera se está ante un artículo de previo pronunciamiento. Si se trata de un procedimiento ordinario común para delitos graves, la decisión debe adoptarla el tribunal al momento de dictar sentencia. De ampararse la tacha, la testifical deviene ineficaz y de imposible valoración por el juzgador.

Diferente es el caso de la tacha de peritos a que hace referencia el art. 165º. Al perito se le exige imparcialidad y capacidad, así como la calidad del juez, tal como postula Eugenio FLORIÁN [129], por ello es que puede ser recusado bajo criterios muy estrictos, que no se da en el caso de los testigos en la que no rige radicalmente la disposición del art. 229º

---

[127] Ejecutoria Superior de 24 de diciembre de 1997, Exp. Nº 4048–97–A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 333).

[128] Ejecutoria Superior de 28 de noviembre de 1997, Exp. Nº 4882–97–A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 334).

[129] FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1976, T. II, p. 403.

del Código Procesal Civil. Si bien el juez, igualmente, debe investigar los hechos en que se funda la tacha, sin que a ello obsten las solicitudes probatorias de las partes y su intervención en las diligencias correspondientes, se trata en puridad de un incidente de previo pronunciamiento, puesto que si la tacha resulta comprobada, se nombrará nuevos peritos; si se ampara la tacha, la pericia o informe pericial –que puede presentarse a pesar del cuestionamiento a los peritos– deviene ineficaz, sin valor jurídico alguno.

Si bien el Código no incorpora la tacha de documentos durante la etapa de instrucción (sólo lo hace durante el acto oral, art. 262º), es obvio que también procede tacharlos durante dicha etapa, dado que se trata de garantizar la verdad procesal y la genuinidad de las fuentes de información que se incorporan al proceso. La tacha procede por dos razones: por falsedad y por nulidad, a tenor de lo dispuesto en los arts. 242º y 243º del Código Procesal Civil. En el *primer caso* la tacha se refiere a los defectos formales que se oponen a los instrumentos que se presenten, pero no a la nulidad de los actos que contienen; en el *segundo caso*, se refiere a la manifiesta ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad. Esta tacha, por las mismas razones que en el caso de los testigos, siempre se resuelve con la sentencia, nunca puede constituir un artículo de previo pronunciamiento. Su fundabilidad determina la ineficacia probatoria del documento cuestionado.

# Parte X

## LA EJECUCION PROCESAL PENAL

# CAPÍTULO XLIV
# LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL

SUMARIO: **I.** Concepto. **II.** Naturaleza jurídica. **III.** Principios del procedimiento de ejecución penal. **IV.** Fuentes. **V.** Régimen jurídico: 1. Título de ejecución. 2. Órganos de la ejecución. 3. Partes en la ejecución. 4. Incidentes de ejecución: A. Revocación de las penas alternativas a la privación de libertad. B. Concesión y revocación de beneficios penitenciarios. C. Revisión del título ejecutivo por conexión de delitos. D. Cesación de la internación y extinción o reducción de la pena. E. Ejecución de las consecuencias económicas del delito. F. Otros incidentes de ejecución. **VI.** Ejecución de las penas: 1. Pena privativa de libertad. 2. Penas restrictivas de libertad. 3. Penas limitativas de derechos. 4. Condena condicional y reserva del fallo condenatorio. 5. Quebrantamiento de las penas sustituidas y convertidas. **VII.** Conclusión de la ejecución: 1. Causa normal. 2. Causas anormales: A. Muerte del condenado. B. Exención de pena. C. Derecho de gracia. D. Perdón del ofendido. E. Prescripción de la pena. F. Anulación del título de ejecución.

## I. CONCEPTO

Una vez que la sentencia adquiere firmeza, ya sea porque las partes se conforman con lo decidido o porque se ha cumplido y resuelto por el Tribunal competente los recursos que la ley prevé contra ella, corresponde ejecutar procesalmente su contenido. La ejecución de las decisiones judiciales integra propiamente la potestad jurisdiccional y, a su vez, es un elemento del derecho a la tutela jurisdiccional.

Se discute si el procedimiento ejecutivo sólo puede entenderse frente a sentencias condenatorias o si también se extiende a las sentencias absolutorias y autos de sobreseimiento. HINOJOSA SEGOVIA acota, en *primer lugar*, que el Código Procesal en su parte pertinente se refiere a la ejecución de las sentencias en general, sin diferenciar entre absolutorias y condenatorias; y, en *segundo lugar*, que la sentencia absolutoria y el auto

de sobreseimiento exigen que su contenido se ejecute, lo que puede importar la excarcelación del imputado absuelto y el levantamiento de medidas cautelares, que es lo que se denomina *ejecución impropia* [1]. A ello debe responderse, siguiendo a MORENO CATENA, que estas decisiones no dan lugar a actividad de ejecución propiamente dichas, produciendo únicamente el efecto de levantar y dejar sin vigencia las medidas cautelares y reales [2]. Las sentencias absolutorias, apunta GÓMEZ COLOMER, son sentencias *merodeclarativas* que no precisan de un proceso de ejecución [3].

En puridad la excarcelación y levantamiento de las diversas medidas cautelares que han podido dictarse en el curso del procedimiento de declaración no genera un procedimiento propio, *ejecutivo*. Es de precisar que en nuestra legislación la excarcelación opera sin esperar a la firmeza del fallo o auto, tal como se señala en los arts. 329º del Código de 1940 y 392º del Código de 1991, y que el art. 336º del Código de 1991 prevé la ejecución provisional de la resolución impugnada, mientras que desde ya el numeral 630º del Código Procesal Civil estatuye que las medidas cautelares se cancelan de pleno derecho si se desestima la demanda –en este caso si se absuelve o se sobresee la causa al procesado–, aun cuando mediare impugnación.

A partir de lo expuesto es de definir la ejecución penal como el *conjunto de actos necesarios para la realización de la sanción y de la reparación civil contenida en una sentencia de condena*. Es una actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales competentes; y, como apuntan VIADA–ARAGONESES, responde a la misma idea de la ejecución procesal civil, esto es, a dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia en que culminó la fase de cognición procesal [4].

---

[1] En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 758.

[2] En: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 882.

[3] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 6a. ed., Tirant lo blanch, Lima, 1997, T. III *(Proceso penal)*, p. 407.

[4] VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, 2a. ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1970, T. II, p. 269.

## II. NATURALEZA JURIDICA

Sin duda alguna la ejecución penal se adscribe al Derecho público, en tanto se desenvuelve en un plano coactivo, en que la voluntad del ejecutado es irrelevante, y en la medida en que se trata de realizar el *ius puniendi* del Estado a partir de la declaración de certeza de la comisión de un delito y de la imposición de las consecuencias jurídicas previstas por la ley.

Se discute si la ejecución pertenece al derecho penal material, al derecho procesal o al derecho administrativo. Contemporáneamente, más allá de las relaciones que la ejecución guarda con el derecho procesal y el material, lo cierto es que se considera la existencia de un sector penal propio: el *derecho de ejecución penal*, que –al decir de JESCHECK– comprende todos aquellos preceptos jurídicos y administrativos relativos a la aplicación, ejecución y control de las penas, medidas y consecuencias accesorias ejecutoriamente impuestas; a este sector penal pertenece el Derecho Penitenciario, que regula la forma y clase de cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad en los establecimientos penitenciarios [5].

Este último concepto, en virtud del conjunto de normas que lo integran, nos permite sostener que la ejecución tiene un decidido acento jurídico–penal, pero con una gran intervención de la administración en lo referente a las penas y medidas de seguridad privativas de la libertad.

Es de tener en cuenta que el cumplimiento de las penas se realiza en largos períodos de tiempo, lo que exige –cuando son efectivas– unos establecimientos especiales y plantea la institucionalización de un personal especializado, que obviamente excede las posibilidades de la organización judicial y exige la atribución de su cometido a la denominada *Administración Penitenciaria*. No obstante ello, es de acotar que, de modo general, la jurisdicción comprende la ejecución de lo juzgado, y, de modo específico, la ejecución de la pena, por imperativo de lo dispuesto en el art. VI del Título Preliminar del Código Penal, está intervenida judicialmente.

En lo concreto, señala GÓMEZ COLOMER [6], la naturaleza mixta de la ejecución es evidente al reconocerse legalmente la intervención judicial

---

[5] JESCHECK, Hans–Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. I, p. 24.

[6] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1997, p. 408.

en la adopción de los beneficios penitenciarios de semi–libertad y liberación condicional (arts. 50º y 55º del Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo Nº 654, de 31 de julio de 1991) y al entenderse, por lo prescrito en el citado art. VI del Título Preliminar del Código Penal, la permanente intervención judicial del cumplimiento de las sanciones privativas de libertad. El art. 148º del Código de Ejecución Penal anterior (Decreto Legislativo Nº 330, de 6 de marzo de 1985) incorporaba expresamente un conjunto muy amplio de facultades, a semejanza del modelo español, entre las que destacaban el conocimiento en vía de apelación de la clasificación y regresión en el tratamiento y de la aplicación de medidas disciplinarias, la aprobación de las sanciones de aislamiento en celda, la adopción de las decisiones necesarias para que las penas se cumplan de acuerdo a lo dispuesto por la sentencia, etc.

En puridad, lo que interesa al derecho procesal penal, como muy bien precisa HERCE QUEMADA, es la actividad procesal de ejecución de los actos de los órganos judiciales competentes destinados a promover la condena, conforme a las normas de la ley procesal penal, así como a la resolución de los incidentes de la ejecución y a declarar las modificaciones y extinciones que sobrevengan en las penas [7].

## III. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PENAL

MORENO CATENA [8] identifica un conjunto de principios esenciales de la ejecución penal. Los seis principios que rigen esta etapa procesal son los siguientes:

*1. Principio de legalidad.* El condenado, enervada la presunción constitucional de inocencia, ha de sujetarse al cumplimiento forzoso de la pena y reparación civil impuesta. Este cumplimiento, empero, se realiza dentro del más estricto respeto a la ley. En tal virtud: **a)** no puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen, según reza el art. VI del Título Preliminar del Código

[7] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 375–376.

[8] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 879–882.

Penal; y, **b)** la ejecución penal ha de respetar los derechos no afectados por la condena (art. V del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal).

*2. Principio del debido proceso.* Si bien el condenado no está frente al Estado en una situación de inocencia y de igualdad, tiene derecho a exigir que la ejecución se cumpla del modo prevenido por la ley y a instar los incidentes de ejecución que fueran procedentes, en cuya realización no pueden obviarse el principio del contradictorio y la garantía del derecho de defensa.

*3. Impulso de oficio.* Impuesta la sentencia condenatoria, el Juez sentenciador, de oficio y sin esperar instancia del Fiscal o de parte, debe cursar las comunicaciones respectivas a la autoridad penitenciaria para su registro y ejecución, así como remitir lo actuado al Juez Penal para hacer efectiva la reparación civil (arts. 332º y 337º del Código de 1940 y arts. 394º y 395º del Código de 1991). Por consiguiente, la ejecución penal siempre es *forzosa*: la condena no puede cumplirse extraprocesalmente, aun cuando sea posible el cumplimiento voluntario del imputado.

*4. Rigurosidad del Cómputo de las penas.* El cómputo de la duración de la pena privativa de libertad se cuenta desde el momento en que el imputado perdió su libertad, si sufrió una medida cautelar de detención (art. 47º CP) o desde el momento en que el fallo de instancia le impuso pena efectiva (arts. 330º del Código de 1940 y 393º –con reservas– del Código de 1991). Las penas restrictivas de libertad (expatriación y expulsión) se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad (art. 30º CP). Las demás penas se computan desde que la sentencia que las imponga ha quedado firme.

*5. Perspectiva resocializadora de las penas privativas de libertad.* El art. 139º.22 de la Constitución impone a la ejecución penal, en concreto al régimen penitenciario, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; principio de carácter preventivo especial que ha sido desarrollado por el Código de Ejecución Penal.

*6. Cumplimiento del fallo judicial en sus propios términos.* El fallo es ejecutable, en tanto se trata de una resolución firme. Su ejecución se hace con arreglo a sus propios términos, aunque puede darse una *transformación del objeto de ejecución*, tal como es de verse en la conversión de la pena de multa a pena de privación de libertad o a otra pena en el caso de los insolventes (art. 56º CP), en la conversión de las penas limitativas de

derechos a penas privativas de libertad (art. 55º CP), en la revocatoria de la condena condicional y de reserva del fallo condenatorio (arts. 60º y 66º del CP), y en la revocatoria de la conversión de penas (arts. 53º y 54º CP).

## IV. FUENTES

Las fuentes normativas que regulan la ejecución penal en nuestro ordenamiento jurídico no son uniformes. No existe un cuerpo legal único y autónomo. Ello explica las diversas de perspectivas de análisis jurídico.

En *primer lugar*, se tiene el *Código Penal*, que en diversas normas de la Parte General (Libro I: Títulos III, IV, y VI), fija lineamientos acerca de las penas y medidas de seguridad, de la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, de la conversión de penas y de su revocatoria, de la revocatoria al condenado que no paga la pena de multa, de la cesación de las medidas de seguridad, de la ejecución de la reparación civil, etc.

En *segundo lugar*, se encuentra el *Código de Procedimientos Penales*, que contiene disposiciones puntuales relativas a la ejecución de sentencias (Libro IV: Título VI, cumplimiento de sentencias). El Código Procesal Penal tiene un Título especialmente dedicado al tema: Título V del Libro V, denominado "Del cumplimiento de sentencias".

En *tercer lugar*, resultan aplicables las normas pertinentes del *Código de Ejecución Penal* (Título Preliminar y Título II: Capítulo IV, beneficios penitenciarios) y el conjunto de disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, que en unos casos tienen rango de ley y en otros son de carácter reglamentario.

En *cuarto lugar*, devienen aplicables las normas del *Código Procesal Civil* (Título V, Capítulo III: proceso de ejecución de resoluciones judiciales), vinculadas esencialmente al cobro de la reparación civil.

## V. RÉGIMEN JURÍDICO

### 1. TÍTULO DE EJECUCIÓN

El único título para proceder a la ejecución penal es la sentencia condenatoria firme. Como ya se expuso, la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento no tienen ejecución propiamente dicha, toda

vez que en esos casos sólo procede –de modo automático– el levantamiento o cesación de las medidas cautelares anteriormente aplicadas y la eliminación de los registros correspondientes (arts. 221º, segundo párrafo, y 284º del Código de 1940, así como arts. 256º y 303º del Código de 1991).

Por lo general, deben tratarse de sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales peruanos. Sin embargo, también es posible –merced a determinados tratados– ejecutarse en el Perú sentencias emitidas por tribunales extranjeros, que es el caso –por ejemplo– de la institución denominada *"Traslado de Condenados"* (v. gr.: Convenios con Estados Unidos de 6 de julio de 1979, Canadá de 22 de abril de 1980, España de 25 de febrero de 1986, Italia de 24 de noviembre de 1994, Venezuela de 12 de enero de 1996 y Bolivia de 27 de julio de 1996). Esta institución se encuentra reconocida en el Proyecto de Código de 1995 (Título IV del Libro Sexto "De la Cooperación Judicial Internacional"), la cual consiste en decidir si cabe el traslado de un condenado nacional de otro Estado hacia ese país, ordenando al efecto un procedimiento para apreciar la existencia de las condiciones que hacen operativa la institución.

Es de tener presente que sólo pueden ejecutarse las sentencias consentidas y/o ejecutoriadas [9]. Si las sentencias se encuentran impugnadas no tienen título de ejecución alguno. Es posible considerar, en tanto se entiende que el recurso sólo afecta al recurrente y al extremo cuestionado, que es ejecutable la sentencia en su extremo no impugnado o por los imputados no recurrentes, sin perjuicio –como señala MORENO CATENA– que les aproveche la sentencia superior o suprema estimatoria en lo que les fuera favorable [10]; rige en estos casos el efecto extensivo del fallo superior o supremo, que como es lógico sólo puede configurarse en tanto favorezca al no impugnante.

## 2. ÓRGANOS DE LA EJECUCIÓN

En tanto la ejecución penal es una actividad jurisdiccional, el órgano ejecutor debe ser un órgano jurisdiccional, sin que a ello obste la intervención de otros profesionales y el concurso de la Administración Penitenciaria.

---

[9] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 348.

[10] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 883.

La competencia para conocer de la ejecución penal, tanto desde la perspectiva penal cuanto de la civil, corresponde al Juez Penal originario (arts. 337º del Código de 1940 y 395º del Código de 1991). La Competencia de la Sala Penal Superior, en los casos en que emite sentencia de primer grado, sólo se limita al conocimiento en vía de recurso de apelación de los incidentes de ejecución. Si bien el Código de 1940 prescribe expresamente que la ejecución civil es de competencia del Juez Penal, se entiende que también le compete el conocimiento de los incidentes de ejecución propiamente penal, en tanto no están expresamente atribuidos a la Sala Penal Superior.

Es de recordar que: **a)** la Sala Penal Superior funciona como Tribunal de Apelación en todos los casos, salvo en el procedimiento ordinario para delitos graves en el que dicta decisiones de primera instancia durante las etapas intermedia y de enjuiciamiento; y, **b)** que el Supremo Tribunal sólo conoce de las causas regulares vía recursal y por lo general de decisiones dictadas por el Superior Tribunal en primera instancia, siempre que pongan fin a la instancia. Por consiguiente, si se estimara que la competencia de la ejecución penal está reservada al órgano sentenciador, en numerosos casos se sancionaría *de facto* la instancia única.

En el procedimiento ordinario por faltas, es el Juez de Paz quien no sólo tiene a su cargo las actuaciones preliminares de la causa sino también es el competente para conocer de la ejecución.

El anterior Código de Ejecución Penal creó la figura del *Juez de Ejecución Penal* (art. 147º), destinado a controlar judicialmente la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva (clasificación de internos, medidas disciplinarias, beneficios penitenciarios, etc., art. 148º). Sin embargo, el nuevo Código de Ejecución Penal eliminó esta magistratura, posición que fue reafirmada por el art. 46º del TUO de la LOPJ al no contemplarla expresamente como un órgano jurisdiccional distinto del Juzgado Penal propiamente dicho. No obstante ello, el último párrafo de dicha norma posibilita la creación, por decisión del propio Poder Judicial, de reinstaurarla atendiendo a las "*... necesidades del servicio judicial y a la carga procesal ...*".

### 3. PARTES EN LA EJECUCIÓN

Si bien, con determinadas limitaciones, en el procedimiento de ejecución rigen los principios estructurales de contradicción y de igualdad

de las partes, es de tener presente que en él –como anota Moreno Catena–, existen dos posiciones básicas: la del Ministerio Público, llamado a velar por el exacto cumplimiento de la sentencia, y la del responsable penal y civil, que han de cumplir con lo ordenado en el título [11]. Por otro lado, compartiendo la preocupación de Hinojosa Segovia, la víctima también tiene derecho a obtener tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos afectados por el daño producido por el delito [12], por lo que en esos extremos es posible su intervención en el incidente de ejecución y con mayor razón si durante las etapas anteriores se hubiera personado en la causa.

El Ministerio Público, en tanto el art. 1º de su Ley Orgánica le reconoce como misión la defensa de la legalidad y la persecución del delito, es obvio que debe intervenir en todas las diligencias de ejecución penal. Como tal, instará la apertura del procedimiento de ejecución correspondiente, ofrecerá pruebas e intervendrá en su actuación, dictaminará y, en su caso, recurrirá si la decisión judicial no la encuentra arreglada a derecho.

La condena y la reparación civil se exigen, aun de oficio por el Juzgado, al condenado y al responsable civil. El condenado tiene legitimación para intervenir en el procedimiento y postular que el fallo se cumpla con arreglo a sus propios términos y para instar los beneficios y extinciones que la ley prevea en su favor. El responsable civil, que siempre lo es el condenado y que también puede ser un tercero, tiene asimismo personería para intervenir en el procedimiento.

La víctima, en este último caso y sólo para los aspectos civiles del fallo, tiene personería para instar la pronta ejecución de la indemnización fijada en la sentencia [13]. Se entiende que carece de legitimación para las consecuencias penales de la sentencia, pues la ley sólo le reconoce intervención en el tema civil al afirmar la exclusividad de actuación del fiscal en los delitos públicos y semipúblicos. En el caso de los delitos privados, por su propia configuración, no existe esta limitación.

---

[11] En: Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 887.

[12] En: De la Oliva Santos *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 775.

[13] Clariá Olmedo, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1962, T. VII, p. 317.

## 4. INCIDENTES DE EJECUCIÓN

El procedimiento ejecutivo reconoce, en lo esencial, cinco tipos de incidentes que pueden surgir con motivo de la ejecución de sentencias penales, sin que ello signifique desconocer otras incidencias menores, igualmente discontinuas en sí mismas, que cabrían deducirse ante el órgano jurisdiccional competente mientras se está haciendo efectiva la sanción.

Los incidentes típicos de ejecución son los siguientes: **a)** *revocación* de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 60º del CP), de la reserva del fallo condenatorio (arts. 65º y 66º del CP), de la sustitución y conversión de penas (arts. 32º, 53º y 54º del CP) y de la conversión de la pena limitativa de derechos (art. 55º del CP) y de la pena de multa (art. 56º del CP); **b)** *concesión y revocación* de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional (arts. 50º y 55º del CEP); **c)** *revisión* del título ejecutivo por conexión de delitos (art. 4º, Ley Nº 10124); **d)** *cesación* de la internación y *extinción o reducción* de la pena (arts. 75º y 77º del CP); y, **e)** *ejecución* de la reparación civil (arts. 337º del Código de 1940 y 396º del Código de 1991).

Estos incidentes integran el cuerpo mismo del procedimiento ejecutivo y tan sólo aparecen como accesorios con relación a la pena y a la reparación civil que se está cumpliendo o que debe comenzar a cumplirse. Por consiguiente, su formación no suspende la ejecución de las penas, consecuencias accesorias y medidas civiles impuestas en la condena.

Sin perjuicio de los incidentes que pueden surgir en el curso de la ejecución penitenciaria, el trámite incidental bajo la conducción del Juez Penal, como ya se anotó, debe respetar los principios del contradictorio y de igualdad de armas. Aun cuando es menester reconocer la necesidad de contar con un verdadero procedimiento de ejecución, que regule el conjunto de trámites que pueden surgir durante la ejecución penal, en atención a los principios arriba expuestos es de sostener que la solicitud incidental debe merecer: **a)** la resolución judicial admisoria del incidente; **b)** el pertinente traslado a las demás partes personadas, para que contesten la solicitud incidental; **c)** la apertura de la incidencia a prueba por un plazo razonable siempre que el pedido lo merezca; **d)** la vista fiscal; **e)** la decisión judicial, previa vista de la causa, que además puede incluir el informe oral respectivo; y, **f)** la posible apelación y consiguiente trámite recursal ante el Tribunal Superior. El art. 90º del Códi-

go de 1940 regula el trámite incidental, que muy bien puede servir para la etapa de ejecución penal. El nuevo Código de 1991 permite la vía incidental a partir del art. 314º.

La resolución, anota CLARIÁ OLMEDO, debe producirse por medio de un auto. Por tanto, ha de ser motivada bajo sanción de nulidad: deben darse las razones por las cuales se niega o se acepta la petición, o se resuelve en uno u otro sentido [14].

*A. Revocación de las penas alternativas a la privación de libertad*

El Código Penal reconoce varios mecanismos alternativos para evitar las penas cortas privativas de la libertad. No sólo ha instituido las penas limitativas de derechos y potenciado la pena de multa, sino que además ha creado mecanismos de conversión y sustitución de la pena privativa de libertad por penas pecuniarias y limitativas de derechos, así como ha insistido en la condena condicional e incorporado la reserva del fallo condenatorio, sin perjuicio de introducir mecanismos revocatorios en caso de incumplimiento de las penas no privativas de libertad.

En todos estos casos es posible que el título de ejecución se modifique por actos posteriores al hecho que motivó la condena, vinculados al incumplimiento de las reglas de conducta impuestas en el fallo (v. gr.: arts. 60º, 65º y 66º del CP, referidas a la condena condicional y a la reserva del fallo condenatorio) o a las previsiones impuestas por la ley, como es el caso de las penas de prestación de servicios comunitarios, de limitación de días libres y de multa (arts. 55º y 56º del CP), entre otros.

Corresponde al Juez Penal controlar el cumplimiento efectivo de las penas impuestas, con el concurso directo del Ministerio Público y, cuando corresponde, del Instituto Nacional Penitenciario. Resulta especialmente significativo el inciso 9 del art. 95º de la LOMP, que atribuye al Fiscal Provincial en lo Penal la potestad de solicitar la revocatoria de la condena condicional, acompañando al efecto el Atestado Policial correspondiente. De esta norma, sin duda alguna no limitada a la condena condicional, sino que puede ser extendida por razones de supletoriedad a toda solicitud vinculada al incumplimiento de reglas de conductas o de disposiciones legales, se advierte que el Fiscal tiene el poder suficien-

[14] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, p. 323.

te para ordenar investigaciones preliminares a la Policía Judicial y sobre esa base plantear los requerimientos pertinentes instando la apertura del incidente de ejecución correspondiente.

*B. Concesión y revocación de beneficios penitenciarios*

El Código de Ejecución Penal vigente, siguiendo la experiencia del Decreto Ley Nº 17581 y del Código anterior reconoció un conjunto de beneficios penitenciarios. Se trata, según el art. 42º, de los siguientes: **a)** permiso de salida; **b)** redención de la pena por el trabajo y la educación; **c)** semi–libertad; **d)** liberación condicional; **e)** visita íntima; y, **f)** otros beneficios, denominados en el art. 59º *recompensas*, tales como autorización para trabajar en horas extraordinarias, desempeñar labores auxiliares en la Administración Penitenciaria y concesión extraordinaria de comunicaciones y visitas.

De estos seis beneficios penitenciarios, sólo son otorgados judicialmente la semi–libertad y la liberación condicional. El Código anterior también consideraba la concesión de permiso de salida (art. 51º). El *incidente de ejecución penitenciaria* (beneficio penitenciario) se inicia con un expediente organizado por el Consejo Técnico Penitenciario, de oficio o a instancia del interno, conteniendo el testimonio de condena, el certificado de conducta, el certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención, certificado de cómputo laboral o estudio si lo hubiere y un informe sobre el grado de readaptación social del interno. Este expediente se remite al Juez Penal para su concesión o desestimación; los arts. 50º y 55º se limitan a indicar que la decisión judicial requiere previa vista fiscal, que se emitirá dentro de tercero día al igual que la resolución, contra la que cabe recurso de apelación, con lo que concluye el incidente.

La resolución judicial que otorgue el beneficio penitenciario debe imponer al interno las reglas de conducta establecidas en el art. 58º del Código Penal, que incluye reglas preestablecidas y otras que pueda fijar el juez en orden a la conveniencia para la rehabilitación social del agente. En el caso de la semi–libertad, una regla de conducta expresa, consagrada en el art. 51º del Código de Ejecución Penal, es la de pernoctar en su domicilio, sujeto al control e inspección de la autoridad penitenciaria y del representante del Ministerio Público.

El trámite incidental, como ya se dejó expuesto, si bien se inicia con el expediente organizado por la Administración Penitenciaria, ello no

significa que los documentos acompañados sean suficientes y únicos o que el Juez está definitivamente atado a ellos. Resulta perfectamente compatible con la potestad jurisdiccional que el Juez, de oficio o a instancia del Fiscal y del interno, pueda abrir el incidente a prueba y disponer la actuación de determinada prueba (informes, constataciones, pericias, examen de peritos, etc.) a fin de resolver el pedido de beneficio penitenciario con arreglo a derecho. En tanto la actuación probatoria sea sumaria y no dilate excesivamente la resolución del incidente desnaturalizando la institución en mención, debe ser utilizada con toda regularidad. Es de tener presente que el Código de Ejecución Penal se limita a detallar el conjunto de documentos que la Administración Penitenciaria debe adjuntar para enviarlos al Juez, pero no dice –tampoco puede hacerlo– que la realidad del grado de rehabilitación debe ser apreciado exclusivamente con dichas instrumentales, tanto más si este incidente está en función a la persona del reo y no a la probable conducta, negligente u omisiva, de la Administración Penitenciaria; no se juzga a la administración sino al interno.

La revocatoria del beneficio penitenciario procede cuando el condenado beneficiado comete un nuevo delito doloso o incumple las reglas de conducta impuestas en el auto concesorio del beneficio (arts. 52º y 56º CEP). Corresponde al Ministerio Público el control del cumplimiento de las reglas de conducta y, en caso de incumplimiento, solicitar la revocatoria, acompañando al efecto el Atestado Policial respectivo (art. 95º.9 LOMP) cuando corresponda. La comisión de nuevo delito doloso requiere el boletín de condenas o el testimonio de condena.

En caso de revocatoria el Juez debe disponer la formación de un incidente, correr traslado al imputado y, de resultar necesario, abrir el incidente a prueba.

*C. Revisión del título ejecutivo por conexión de delitos*

En los supuestos de concurso real de delitos, cuando pese a ser conexos no hubiera sido posible acumularlos en un solo procedimiento, el art. 4º de la Ley Nº 10124, de 29 de diciembre de 1944, prescribe que en caso se hubieran seguido varios procedimientos y emitido sentencias independientes, es posible proceder a la revisión de los títulos ejecutivos. Obviamente, si se está pendiente de expedir sentencia en un caso, es decir, si ya se hubiera emitido sentencia en otros procedimientos y falta hacerlo en otro, que es el supuesto del *concurso real retrospectivo*, se aplican las reglas del art. 51º del Código Penal.

El citado art. 4º prescribe que las sentencias por delitos conexos no podrán ser modificadas en cuanto califican la naturaleza legal del hecho punible y la culpabilidad del agente, pero las penas y medidas de seguridad se tomarán en consideración para refundirlas en la penalidad o tratamiento único a que se haga acreedor por los cargos que resulten en cada nuevo juzgamiento con el mejor conocimiento de su personalidad criminal.

HURTADO POZO señala que esta disposición persigue que se imponga una sola pena proporcionada a la responsabilidad del agente, desde que no se pueden acumular las penas, aplicando al efecto las reglas de individualización de la pena para fijar la penalidad refundida [15]. Es obvio, como sugiere el mismo autor siguiendo el Código anterior (art. 198º), que debe aplicarse el modelo instaurado por el art. 50º del Código Penal que regula el concurso real, por lo que rige la pena del delito más grave –ese es su marco legal–, tomándose en cuenta los otros delitos sin sobrepasar el máximo señalado para dicha infracción específica e incluyéndose las penas accesorias y medidas de seguridad previstas en alguna de las condenas objeto de refundición.

El *procedimiento de refundición* no está fijado en la ley. Lo primero que es del caso establecer es el órgano competente para revisar los títulos ejecutivos. La ley española, por ejemplo, encarga la revisión al órgano jurisdiccional que hubiera dictado la última sentencia (art. 988º, tercer párrafo, Ley de Enjuiciamiento Criminal). En nuestro caso, en cambio, como se trata de un incidente de ejecución debe hacerlo el Juez Penal, con lo que se tiende a unificar y radicar en el Juez Penal toda la competencia en materia de ejecución penal, sin perjuicio de la procedencia de los recursos de apelación y de nulidad en su caso (si uno de los procedimientos es ordinario para delitos graves). Esta opción jurídica ha sido asumida expresamente por el art. 395º del Código de 1991.

El resto del procedimiento exige no sólo petición del fiscal o del condenado, formación del cuaderno respectivo, traslado a las partes personadas, incorporar la hoja de antecedentes penales (hoja carcelaria), el boletín de condenas y, de ser necesario, los testimonios de condenas y

[15] HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, pp. 592–593.

los expedientes originarios. El incidente se resuelve previa vista fiscal y vista de la causa.

*D. Cesación de la internación y extinción o reducción de la pena*

El Código Penal contempla las medidas de seguridad tanto para los inimputables peligrosos cuanto para los imputables relativos (arts. 74º, 76º y 77º CP); dos son las medidas que reconoce el art. 71º del Código Penal: internación (privativa de libertad) y tratamiento ambulatorio (no privativa de libertad). Ambas medidas, por su propia naturaleza, son de duración indeterminada.

En el supuesto de la medida de internación contra inimputables (art. 74º CP), su duración no puede exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido. En tanto se trata de una sanción indeterminada, su cesación opera por decisión judicial cuando se advierta que "...las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido", para lo cual corresponde analizar la pericia médica que periódicamente debe enviar la autoridad del centro de internación.

En el caso de *cesación de la internación*, el incidente puede iniciarse de oficio, sobre la base del informe psiquiátrico enviado por la autoridad del centro de internación, o a pedido del fiscal o del reo o su representante. El art. 75º, segundo párrafo, del Código Penal exige a la autoridad del centro de internación que cada seis meses envíe una pericia médica acerca del estado de salud mental del reo. Teniendo a la vista esa pericia y los actuados principales, previo dictamen fiscal y traslado al reo, se resolverá la cesación o continuación de la medida, sin perjuicio de solicitarse –si resultara estrictamente necesario– una pericia psiquiátrica por otros psiquiatras, distintos del centro del internación y, en su caso, procederse a un debate pericial. Jurídicamente no existe límite o regulación restrictiva al respecto, por lo que el criterio judicial que debe imperar es la seguridad de una correcta decisión arreglada a derecho.

La medida de seguridad de internación, al igual que la medida de tratamiento ambulatorio, también puede dictarse conjuntamente con la pena contra imputables relativos. El art. 77º del Código Penal extiende esta posibilidad a los toxicómanos y a los alcohólicos imputables. En este caso, señala el citado art. 77º del Código Penal, primero se ejecuta la medida de internación, computándose el período de privación de

libertad por esa medida de seguridad como tiempo de cumplimiento de la pena: se trata al decir de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ de un *sistema dualista impropio* [16]. Una vez que se informa que el tratamiento a concluido, corresponde decidir si el tiempo restante pueda *extinguirse, reducirse o mantenerse* sin modificaciones. En estos casos, se debe tener a la vista el expediente principal, la historia clínica del condenado, la pericia psiquiátrica del centro de internación. Se resuelve, previa vista fiscal y, de ser necesario, otra pericia psiquiátrica y debate pericial.

*E. Ejecución de las consecuencias económicas del delito*

Las consecuencias económicas del delito, propios de la ejecución penal, tiene que ver con la efectivización de la reparación civil, de las consecuencias accesorias y de la multa.

*E.1. De la reparación civil*

Los arts. 337º del Código de 1940 y 396º del Código de 1991 remite a la ley procesal civil el procedimiento que ha de seguirse para la efectivización de la reparación civil, con intervención del Ministerio Público y las demás partes personadas en la causa.

El Código Procesal Civil regula la ejecución de sentencias firmes (art. 713º.1). En estos casos, la fase de ejecución se inicia requiriendo al obligado para que cumpla con su obligación dentro de un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzosa (art. 715º CPC).

Existen dos tipos de ejecución: **a)** *ejecución dineraria*, si se trata de sumas líquidas; y, **b)** *ejecución de entrega de una cosa*, si se trata de restitución de cosas. En el primer supuesto, se procederá a trabar embargo contra los bienes libres del condenado –siempre que anteriormente no se haya dictado dicha medida cautelar– y, luego, a iniciar el procedimiento de remate y, en su caso, de adjudicación (art. 725º CPC). En el segundo supuesto, con arreglo al art. 94º del Código Penal, es del caso disponer, si antes no se ha hecho, la previa *incautación o secuestro* de la cosa, medida que procede por hechos delictivos que hayan producido la privación de la misma a su legítimo poseedor, para luego decretar su

[16] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Las normas rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986», en: *Anuario de Derecho Penal '88*, Lima, 1988, p. 37.

inmediata devolución al agraviado o perjudicado, si es que antes no se hizo al amparo de lo dispuesto en los arts. 188º del Código de 1940 y 161º del Código de 1991. La restitución, como acota el art. 93º.1 del Código Penal, sólo se dispondrá si es posible física y jurídicamente; si la cosa ha sufrido menoscabos, éstos deben resarcirse al perjudicado, previa pericia.

Es de tener presente que si el condenado no tiene bienes realizables, esto es, en los supuestos de *ejecución dineraria* o de resarcimiento por menoscabos del bien secuestrado, el art. 98º del Código Penal autoriza a embargar hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil.

El procedimiento de ejecución de reparación civil se inicia de oficio o a instancia de parte. En él siempre interviene el Fiscal, el condenado y su defensor y el perjudicado. El procedimiento de remate y, en su defecto, de adjudicación es el fijado en el Código Procesal Civil.

*E.2. De las consecuencias accesorias*

El art. 102º del Código Penal prevé el decomiso tratándose de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción. En el caso de las personas jurídicas, prescribe el art. 104º del Código Penal, procederá el decomiso de los beneficios que hubiera obtenido si el delito se perpetró en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, sólo si sus bienes fueran insuficientes.

El mecanismo que ha de utilizarse es el mismo que para el caso de *ejecución de entrega de una cosa.* Es obvio que obtenida la incautación o secuestro del mismo, tratándose de bienes, se devolverá al agraviado en los supuestos de acción restitutoria; y si se trata de otros *producta sceleris* (bienes producto del delito) y de los *instrumenta sceleris* (instrumentos del delito), es del caso proceder a su remate, siempre que sea necesario reparar a la víctima al no haberse resarcido el daño con el embargo de los bienes propios del condenado. Lo obtenido, luego de reparar a la víctima, pasa a favor del Tesoro Público. Los demás bienes y dinero ocupado, que no sean del caso disponer al pago de la reparación civil, se adjudicará, sin más trámite y directamente, en favor del Estado. Téngase

en cuenta que la primera obligación del Estado es el resarcimiento de la víctima y, luego, satisfecha esa obligación inclusive con los bienes objeto de decomiso –siempre, claro está, que no se trate de bienes intrínsecamente delictivos–, adjudicarse los bienes que sobren.

*E.3. Del pago de la multa*

La pena de multa, estipula el art. 41º del Código Penal, obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días–multa. Se entiende que en la sentencia debe establecerse, sobre las coordenadas fijadas en los arts. 41º, segundo párrafo, 42º y 43º del Código Penal, una suma líquida [17], cuya omisión en todo caso debe suplirse en la etapa de ejecución. Dos son los criterios que deben tomarse en consideración en atención a la posición del reo: **a)** De modo general, como regla global, el importe del día–multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado, el mismo que se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza; y, **b)** Si el condenado vive exclusivamente de su trabajo (ingresos por actividad dependiente: remuneraciones, o por actividades ejecutiva, directiva, profesional, artística, etc.), el importe del día–multa no podrá ser menor del 25% ni mayor del 50%.

El art. 44º del Código Penal señala que la multa debe ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. Se entiende que la sentencia debe estar firme y que no hace falta un requerimiento expreso, pues el cómputo se inicia de pleno derecho una vez que quedó firme el fallo. El pago de la multa, asimismo, puede ser efectuado en cuotas mensuales, lo que se hace a pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias por las que éste atraviesa.

La *incidencia de pago en cuotas*, señala el citado art. 44º del Código Penal, se inicia a exclusivo pedido del reo y el juez debe valorar si por su monto y las circunstancias del caso, vinculadas a las posibilidades o situación económica del condenado, puede aceptar su pago en cuotas mensuales, señalando al efecto su monto, el mismo que –sin duda– podrá ser reajustado si mejora o empeora su situación económica. Este incidente

[17] Cfr.: PRADO SALDARRIAGA, Víctor: «Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa», en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 342.

requiere, de ser el caso, la pertinente actividad probatoria y la necesaria intervención del Ministerio Público a fin de asegurar la legalidad de la decisión judicial

El art. 44º del Código Penal permite al órgano jurisdiccional cobrar la multa mediante el descuento de la remuneración del condenado, ya sea cuando se trata de pena única o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de derechos (prestación de servicios comunitarios, limitación de días libres, inhabilitación, art. 31º CP) o con suspensión condicional de la pena (art. 57º CP). El descuento judicial no puede afectar los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia (el art. 648º.5 del CPC contiene una pauta que muy bien puede seguirse).

No es óbice, igualmente, que el Juez –previo requerimiento– pueda afectar al pago de la multa los bienes inmuebles o muebles del condenado, dictando la incautación o secuestro de los mismos para su ulterior remate y, en su caso, adjudicación. Al respecto, el art. 56º del Código Penal prescribe esta posibilidad para el caso del condenado solvente.

Si por diversas circunstancias no es posible la cancelación de la multa, el órgano jurisdiccional, previo trámite incidental que permita la intervención de las partes principales, dispondrá la conversión de dicha sanción en pena privativa de libertad a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día–multa no pagado. Si el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la pena de multa se convierte en una limitativa de derechos o de prestación de servicios comunitarios a razón de una jornada por cada siete días–multa impagos. Es de tener presente que cuando el art. 56º del Código Penal se refiere a las *jornadas* como factor de conversión, debe entenderse que al mencionar la pena limitativa de derechos, en rigor se circunscribe a la pena de limitación de días libres, excluyendo por completo a la pena de inhabilitación, dado que únicamente esta sanción al igual que la de prestación de servicios comunitarios se computa por jornadas (arts. 34º y 36º CP).

En los casos de penas conjuntas de privación de libertad y de multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida. La multa, sin embargo, aun cuando haya sido convertida a pena privativa de libertad (condenado solvente) o a limitación de días libres o prestación de servicios comunitarios (condenado devenido insolvente) puede hacerse cesar en cualquier momento si se paga, descontándose al efecto el equivalente de la pena privativa de libertad o limitativa de derechos

cumplida a la fecha. La decisión judicial, en este caso, también requerirá intervención de las partes principales y previa vista fiscal.

*F. Otros incidentes de ejecución*

Un incidente de ejecución, sostiene CLARIÁ OLMEDO, puede versar, de un lado, sobre temas vinculados a la habilidad del título ejecutivo para dar fundamento al procedimiento de ejecución, esto es, a su existencia jurídica y a su propia ejecutabilidad o ejecutividad, tales como ausencia o ilegalidad de la notificación de requerimiento, pendencia de un recurso, condena diversa a la que se quiere ejecutar y otras cuestiones similares que afecten total o parcialmente el título ejecutivo [18]. Está excluido, desde luego, todo tema vinculado a una cuestión ya propuesta o que pudo proponerse, o que se resolvió o pudo resolverse definitivamente durante el período declarativo o en la misma sentencia, así como todo ataque a la sentencia que pudo ser materia de una impugnación ordinaria u extraordinaria (v. gr.: nulidad de pruebas de cargo, presencia de nuevas pruebas, causas de extinción de la acción penal, errores *in iudicando* o *in procedendo* de la sentencia, etc.). Al respecto, Giovanni LEONE expresa que queda fuera del incidente de ejecución toda cuestión que haya sido explícita o implícitamente resuelta por la providencia que viene en ejecución y toda cuestión que afecte a *vitia in procedendo* relativos al proceso concluido con la providencia que viene en ejecución; no se puede abordar todo lo que está cubierto por la cosa juzgada [19].

Por otro lado, un *incidente atípico de ejecución* también puede instaurarse cuanto está referido a cuestiones que tienen su fundamento en acontecimientos que se refieran al inicio, desarrollo, extinción o agotamiento de la sanción o reparación civil impuesta, que deban ser jurisdiccionalmente controlados. Es de mencionar, por ejemplo, los problemas vinculados a la ejecución de la multa y de las consecuencias accesorias, así como a la conclusión de la ejecución, etc.

---

[18] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, p. 330.

[19] LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. III, p. 529-530.

## VI. EJECUCIÓN DE LAS PENAS

El Código Penal prevé cuatro clases de penas. El art. 28º menciona las siguientes penas: **a)** privativa de libertad (art. 29º); **b)** restrictivas de la libertad (expatriación y expulsión, art. 30º); **c)** limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación, art. 31º); y, **d)** multa (art. 41º).

Como acto preparatorio de la ejecución, el órgano jurisdiccional de Instancia que emitió la sentencia de primer grado (Juzgado Penal o Sala Penal Superior, según el caso) debe elevar a la Corte Suprema un testimonio de condena para su inscripción en el Registro Judicial y remitir dos testimonios de condena al Instituto Nacional Penitenciario (un testimonio a su Registro Central y el otro al Establecimiento Penitenciario donde sufrirá la sanción), tal como lo disponen los arts. 332º del Código de 1940 y 394º del Código de 1991.

Emitida sentencia de primera instancia, el principio rector es que la pena privativa de libertad se cumple aunque se interponga contra ella el correspondiente recurso. Las excepciones funcionan para las penas de multa, restrictivas de la libertad y limitativas de derechos. El art. 393º del Código de 1991 permite que el órgano jurisdiccional, en los casos de penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas de la libertad efectivas, pueda optar por su inmediata ejecución o imponer alguna restricción similares a las previstas en el art. 143º del Código; posibilidad no contemplada en el Código de 1940.

Es de entender, sin embargo, como explica CLARIÁ OLMEDO, que ello no es propiamente ejecución procesal, en cuanto expresión de la represión penal, sino sencillamente *prevención procesal* como consecuencia de no reconocer en determinados casos el efecto suspensivo a los fallos recurridos, aun cuando algunas medidas preventivas se aplican en función de criterios sustanciales, y en su mérito, se ejecutan con anterioridad a la adquisición de la cosa juzgada, dado que se imponen sencillamente para prevenir determinados inconvenientes al proceso [20].

[20] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal,* cit., T. VII, pp. 298–299.

### 1. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La ejecución de la pena privativa de libertad corresponde al Instituto Nacional Penitenciario. A la Administración Penitenciaria compete ubicar al interno en el correspondiente Establecimiento Penitenciario (art. 2º, CEP). Según el art. IV del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, el tratamiento penitenciario, esto es, las medidas o influencias dirigidas a modificar o reorientar la conducta criminal del interno, se realiza mediante el sistema progresivo; a su vez el tratamiento penitenciario, que consiste en la utilización de una serie de métodos interdisciplinarios en orden a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad (art. 60º), es individualizado y grupal, a tenor de lo dispuesto en el art. 61º.

Durante la ejecución de la pena privativa de libertad, el interno tiene derecho a formular quejas y peticiones ante la autoridad penitenciaria (art. 14º CEP); y, si no es atendido, puede recurrir al Ministerio Público, quien previa investigación preliminar, instará a la Administración Penitenciarias las correcciones que correspondan. La autoridad judicial, como ya se anotó, sólo decide en los casos de beneficios penitenciarios que importen excarcelación (arts. 50º y 55º CEP). Por otro lado, aun cuando no se encuentra taxativamente indicado en el CEP, si la pena debe acortarse por aplicación del beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo y la educación, en tanto se trata de una modificación objetiva de la misma, la excarcelación sobre la base del análisis y procedencia de dicho beneficio penitenciario debe ser decidida por el juez encargado de la ejecución penal. Si se entiende que ésta es decidida libremente por la Administración Penitenciaria, se estaría vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional y se distorsionaría el alcance de la jurisdicción, en tanto que lo que ella decide debe ser modificado por la propia autoridad judicial.

### 2. PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

El art. 30º del Código Penal preceptúa que las penas de expatriación (prevista par nacionales) y de expulsión del país (circunscrita a los extranjeros) se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad. En este caso, enfatiza el art. 118º del Código de Ejecución Penal, el Director del Establecimiento Penitenciario pondrá al interno que cumplió la pena privativa de libertad a disposición de la autoridad compe-

tente (de Migraciones) y a la Policía Nacional para que le dé cumplimiento. En este caso se debe dar cuenta al Juez de ejecución.

### 3. Penas limitativas de derechos

Las penas limitativas de derechos son de tres órdenes, siguiendo el modelo brasileño: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación. Estas penas pueden ser autónomas o imponerse mediando sustitución de penas o conversión de las mismas (arts. 32º y 52º CP).

La pena de *prestación de servicios a la comunidad*, conforme postulan Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, evita la segregación del condenado y estimula en él la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentalmente en el campo de la asistencia social [21]. El art. 34º del Código Penal, obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas. Esta pena se cumple en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos. El Código de Ejecución Penal señala, *primero*, que el INPE coordina con las instituciones asistenciales, hospitalarias, etc., a efectos de conocer sus necesidades para asignar la prestación de servicios (art. 119º); *segundo*, que la prestación de servicios se realiza, preferentemente, en el lugar del domicilio del penado (art. 120º); y, *tercero*, que la supervisión está a cargo de la Administración Penitenciaria, la cual informará periódicamente al juez que conoció del proceso y al Fiscal (art. 121º).

Corresponde al Juez de Ejecución controlar la debida ejecución de la pena en referencia y el cumplimiento del INPE de sus obligaciones de coordinación y supervisión de la ejecución de la pena.

La pena de *limitación de días libres* en cuanto a su régimen de cumplimiento consiste, a tenor de lo dispuesto en el art. 35º del Código Penal, en la obligación del penado de permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario. Se trata,

---

[21] Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, p. 176.

en rigor, de una pena corta privativa de la libertad caracterizada por su cumplimiento discontinuo y traduce un importante "efecto shock" en el delincuente [22], aunque –como anotan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros– sin alterar gravemente sus actividades normales [23]. Funciona, en orden a sus modalidades, como pena principal o autónoma (v. gr.: art. 164º, CP), como sustitutiva de la pena privativa de libertad (art. 32º, CP) o como conversión de dicha pena (art. 52º, CP).

Corresponde a la Administración Penitenciaria organizar los Establecimientos para las penas de limitación de días libres (art. 122º, CEP), lo que implica que debe tratarse de Centros distintos de los propiamente penitenciarios y que dicha pena debe cumplirse separadamente de la pena privativa de libertad. El Instituto Nacional Penitenciario también debe gestionar su implementación y proporcionar los profesionales necesarios para orientar al penado a efectos de su inhabilitación (art. 123º, CEP).

La Ley Nº 27030, publicada el 30 de diciembre de 1998, denominada *"Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres"*, ratificando lo dispuesto por el Código de Ejecución Penal, prescribe que el Instituto Nacional Penitenciario es el organismo responsable de la ejecución de dichas penas. Como tal: **a)** coordina con las denominadas *"entidades receptoras"*–a las que designa para que el sentenciado preste en ellas servicios gratuitos (pena de prestación de servicios comunitarios) o para que brinden al sentenciado apoyo educativo gratuito (pena de limitación de días libres)– el cumplimiento de ambas penas; **b)** evalúa al sentenciado; **c)** designa la entidad en la que se va a realizar la prestación del servicio; **d)** supervisa el cumplimiento de las penas; **e)** informa al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público sobre la ejecución de la pena; y **f)** lleva un registro de entidades receptoras, sujetas al plan de prestación de servicios y de apoyo educativo.

Desde el punto de vista de la ejecución procesal penal resulta interesante destacar, en *primer lugar*, que corresponde al órgano judicial remitir al Instituto Nacional Penitenciario copia certificada de la sentencia

---

[22] REBOLLO VARGAS, Rafael: «El arresto de fin de semana», en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 274–275.

[23] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolas; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 295.

firme, indicando además el domicilio del sentenciado (art. 5º, inc. 'a'); en *segundo lugar*, que en caso de incumplimiento de la sentencia impuesta, el Jefe del Órgano Técnico de Penas Limitativas de Derechos del Instituto Nacional Penitenciario, encargado de supervisar a la entidad receptora y al propio sentenciado, debe dar cuenta al juez de la causa, a fin de iniciar el incidente de conversión de ambas penas según lo dispuesto en el art. 55º del Código Penal (art. 5º, inc. 'd.3'); y, en *tercer lugar*, que una vez cumplida la sentencia, el citado funcionario debe dar cuenta al juez y solicitar la rehabilitación del condenado, acompañando la documentación acreditativa correspondiente.

Es de entender, sin perjuicio de lo dispuesto en la indicada ley, que en tanto la ejecución penal –al integrar la potestad jurisdiccional– está intervenida judicialmente, las posibilidades de control jurisdiccional son de hecho muy amplias y, por cierto, rebasan las indicadas genéricamente en la ley analizada. Además, el Ministerio Público –en cuanto promotor de la acción judicial en defensa de la legalidad, como lo dispone el art. 159º.1 de la Constitución– está facultado a realizar labores de inspección independiente tanto a las entidades receptoras cuanto al propio Instituto Nacional Penitenciario, así como a realizar las investigaciones correspondientes, disponiendo inclusive la intervención de la Policía Judicial, para los efectos de la formación de los incidentes de revocación y la interposición de solicitudes o peticiones que sea del caso llevar a cabo.

Por otro lado, el art. 55º del Código Penal regula la conversión de la penas de prestación de servicios comunitarios o la limitativa de días libres en caso de incumplimiento injustificado de las jornadas impuestas en la sentencia. El elemento procesal del régimen general de conversión consiste en que el Juez de ejecución, previa información de la Administración Penitenciaria o del Ministerio Público, que tiene atribución de supervigilancia de la Administración Penitenciaria (art. 95º.8, LOMP), debe abrir un *incidente de conversión*. La decisión se adoptará previo traslado de la solicitud de conversión al condenado, apertura del incidente a prueba si el caso lo amerita y vista fiscal. Se entiende que si el reo no contesta el traslado o no es habido por una u otra circunstancia, el juez debe proseguir con el trámite incidental, toda vez que no es aplicable la norma de la prohibición de condena en ausencia desde que se trata de un reo rematado o condenado.

La pena de *inhabilitación*, en cuanto priva, suspende o incapacita del ejercicio de determinados derechos civiles y políticos inclusive (art. 36º

CP), debe efectivizarse por la autoridad judicial cursando las órdenes correspondientes a los Registros y autoridades encargadas, tales como la Dirección de Transportes, de Tránsito de Control de Armas, Registros Públicos, Ministerios, Universidades, sistema electoral, etc.

### 4. CONDENA CONDICIONAL Y RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

La *condena condicional* o *suspensión de la ejecución de la pena* importa la imposición al penado en el propio fallo judicial de reglas de conducta por un plazo determinado (arts. 57º y 58º del CP). Corresponde al Juez de la Ejecución controlar el debido cumplimiento de las reglas de conducta, con el concurso independiente del Ministerio Público, durante todo el período de suspensión.

Los arts. 59º y 60º del Código Penal permiten desde revocar la suspensión de la pena hasta prorrogar el período de suspensión o amonestar al infractor. Se entiende que la revocatoria por la imposición de una condena por la comisión de un nuevo delito doloso (art. 60º CP) corresponde expedirla al Juez que va a dictar sentencia por el segundo delito; empero, si la existencia de la condena condicional no fue de conocimiento del Juez del segundo delito, el Juez de la ejecución del primer delito se encargará de revocar la condena condicional y ejecutar la pena suspendida. En ambos casos, si la pena por el segundo delito es privativa de libertad, ambas sanciones sencillamente se suman.

En todos los casos previstos en el art. 59º del Código Penal: amonestación, prórroga del período de prueba y revocación de la suspensión (la cual, por lo demás, también puede dictarse por *incumplimiento reiterado* de las reglas de conducta impuestas), como es obvio, debe abrirse el corresponde *incidente de infracción durante el período de prueba.* Este incidente requerirá la previa audiencia de las partes; el Fiscal si es quien solicita la medida, acompañará al efecto el Atestado Policial (art. 95º.9, LOMP), se correrá traslado de la misma al imputado, se abrirá el incidente a prueba si el caso lo amerita y se resolverá inmediatamente. La víctima puede solicitar la revocatoria, según ha sido entendido cotidianamente por la judicatura, sólo en el caso de que el penado no cumpla con reparar los daños ocasionados por el delito en su agravio.

Si el penado durante el período de suspensión o plazo de prueba no comete nuevo delito doloso ni infringe de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia, la condena se

considera como no producida, tal como lo estipula el art. 61º del Código Penal. Esta medida se cumple, como es obvio, cursando la comunicación respectiva, acompañando copia certificada de la resolución judicial pertinente, al Registro Central de Condenas para su respectiva anulación.

La *reserva del fallo condenatorio*, igualmente, importa la imposición de reglas de conducta por un plazo determinado, no mayor de tres años (art. 62º *in fine* CP). Esta medida especial, a diferencia de la condena condicional, no se inscribe en el Registro Central de Condenas (art. 63º CP). Por otro lado, también está sujeta a revocación, prórroga del régimen de prueba y advertencia o amonestación (arts. 65º y 66º CP). En estos casos, el Juez de la ejecución, al igual que en el supuesto precedente, abrirá el *incidente de infracción* respectivo, con citación de las partes. Si el régimen de prueba no fuera revocado será considerado extinguido al cumplirse el plazo fijado y el juzgamiento como no efectuado (art. 67º CP).

### 5. QUEBRANTAMIENTO DE LAS PENAS SUSTITUIDAS Y CONVERTIDAS

El Código Penal permite al órgano jurisdiccional sentenciador tanto sustituir penas cuanto convertir penas, en las condiciones previstas en sus arts. 32º y 52º. La *sustitución*, de fuente brasileña (art. 44º *in fine* del Código Penal del Brasil), funciona para la pena privativa de libertad y en relación a las penas limitativas de derechos, mientras que la *conversión*, cuya fuente es el Código Penal Tipo para Latinoamérica (arts. 80º–81º), procede respecto de la pena privativa de libertad y en relación a las penas de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, siempre que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio [24].

En caso de incumplimiento injustificado del pago de la multa o de la prestación de servicios comunitarios o de limitación de días libres, cuando se trata del instituto de la conversión de penas [25], el art. 53º del Código Penal prevé la revocación de la conversión y la respectiva ejecu-

---

[24] Cfr.: PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, IDEMSA, Lima, 1996, T. I, pp. 118 y 124.

[25] No existe norma respecto al instituto de la sustitución, lo que al decir de PRADO SALDARRIAGA hace imposible acudir a la revocatoria en caso de incumplimiento (*Todo sobre el Código Penal*, cit., T. I, p. 120).

ción de la pena privativa de libertad impuesta (en la sentencia, como es obvio, debió fijarse la pena privativa de libertad en su medida exacta y, luego, precisarse la dimensión de la pena convertida). En estos casos, el Juez de ejecución abre un *incidente de revocación de la conversión*, con audiencia de las partes, y decide previa apertura del incidente a prueba, si fuera el caso, y vista fiscal.

El art. 54º del Código Penal también prevé la revocatoria de la conversión cuando el penado comete un delito doloso sancionado en la ley con pena privativa de libertad no menor de tres años. Esta situación no da lugar a un incidente de revocación ni a la intervención del Juez de Ejecución, puesto que la ley reserva esta medida al Juez que emite sentencia por el segundo delito.

## VII. CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN

GÓMEZ COLOMER señala que la conclusión o terminación de la ejecución se produce tanto por causas normales o intrínsecas al cumplimiento de la pena, cuanto por causas anormales o externas [26].

### 1. CAUSA NORMAL

El cumplimiento de la condena es la primera y única causa normal o modo normal de conclusión de la ejecución penal. Tratándose de pena efectiva privativa de libertad ésta debe agotarse y cumplirse hasta el día fijado en el fallo, salvo los supuestos de acortamiento por aplicación del beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo y la educación. En ambos casos se requiere, en primer lugar, la comunicación de la autoridad penitenciaria dando cuenta de la fecha propuesta de libertad; y, en segundo lugar, la respectiva decisión judicial de excarcelación, que se denomina *licenciamiento definitivo*, en cuya virtud el órgano jurisdiccional aprueba la libertad definitiva del penado.

El art. 69º del Código Penal señala que en estos casos se produce la *rehabilitación* de pleno derecho, sin más trámites; no hay necesidad, como existía en el Código Penal de 1924 (arts. 130º y 131º), de un procedi-

[26] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1997, p. 423.

miento formal ni acreditar requisitos adicionales al mero cumplimiento de la pena. En tal virtud, se restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos, salvo en lo concerniente a los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y, se le cancela los antecedentes penales, judiciales y policiales. Producida la rehabilitación, reza el art. 70º del Código Penal, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta, no pueden ser comunicados a ninguna entidad o persona.

En tanto la ley impone la rehabilitación automática y sin más trámites, no cabe abrir incidente de rehabilitación alguno. El Juez, de oficio o a pedido del penado, deberá, luego de constatar el cumplimiento de la sanción, disponer las restituciones que sea del caso ejecutar y cancelar los antecedentes generados.

## 2. Causas anormales

Doctrinalmente, como acota Gómez Colomer, se citan como causas anormales de terminación de la ejecución penal: **a)** la muerte del condenado, **b)** la prescripción de la pena o medida de seguridad, **c)** el indulto –incluimos la amnistía–, **d)** el perdón del ofendido en los delitos privados y **e)** la estimación de la acción de revisión y de una acción de garantía constitucional [27]. En estos casos, dicen Viada–Aragoneses, la ejecución penal se cumple anticipadamente por la presencia de un fenómeno o acaecimiento que provoque la extinción o terminación anormal de la pena [28].

Es de tener presente que art. 85º del Código Penal señala taxativamente los casos de extinción de la ejecución de la pena. Dicha norma incorpora la *exención de pena* y la *amnistía*, conjuntamente con la muerte del penado, el indulto, la prescripción, el cumplimiento de la pena y el perdón del ofendido.

### *A. Muerte del condenado*

La muerte del condenado es causa de extinción de la pena, pues ésta no puede ejecutarse por su carácter estrictamente personal si el

---

[27] En: Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1997, p. 423.

[28] Viada / Aragoneses: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 297.

penado ha fallecido. Ello, al decir de RANIERI, extingue además todos los efectos penales –no civiles– de la condena, teniendo vigencia el principio *mors omnia solvit*: la muerte disuelve todos los vínculos [29].

*B. Exención de pena*

Cabe aclarar que la *exención de pena*, regulada en el art. 68º del Código Penal, en estricto sentido no es un supuesto anormal de terminación de la ejecución penal. Se trata de una institución especial de derecho penal que excluye la imposición de una pena en los delitos sancionados con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa, si la responsabilidad del agente fuere mínima. JESCHECK, siguiendo la ley alemana, la denomina *dispensa de pena* y aclara que no se trata de una modalidad de determinación de pena, sino de una sanción especial del Derecho Penal, cuya peculiaridad consiste en que se condena el reo por el delito cometido, pero no se le impone una pena [30].

Como sugiere ROY FREYRE, la *exención de pena*, entendida como causa anormal de terminación de la ejecución, procede en los supuestos de aplicación del derecho penal premial para los condenados que colaboren eficazmente con la administración de justicia. Es una causal que se presenta con posterioridad al hecho punible y a la sentencia firme que condena a su autor o partícipe [31]. Se encuentra prevista, aunque bajo el *nomen juris* de *remisión de pena*, para los delitos de tráfico de drogas (Decreto Legislativo Nº 824) y los delitos agravados y terrorismo agravado (Decretos Legislativos Nº 901 y 902). El procedimiento para su otorgamiento es el especial de colaboración eficaz y no uno ordinario de ejecución penal.

*C. Derecho de gracia*

El derecho de gracia, en cuanto medida de naturaleza política, está integrado por cuatro instituciones: la amnistía, el indulto, el derecho de gracia propiamente dicho y la conmutación de penas. La *amnistía* es otorgada por el Congreso (art. 102º.6 Const.), mientras que el *indulto*

---

[29] RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1975, T. II, p. 364.

[30] JESCHECK: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., Vol. II, p. 1175.

[31] ROY FREYRE, Luis: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1998, p. 244.

por el Presidente de la República (art. 118º.21 Const.). El art. 89º del Código Penal estatuye, en primer lugar, que la amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. La amnistía, al decir de Silvio RANIERI, puede ser *propia*, si se concede antes de la condena irrevocable, e *impropia* si se concede después [32]. Desde luego, para los efectos de la ejecución penal, nos interesa la amnistía impropia, la cual hace cesar las penas principales y accesorias, no así la reparación civil al no tratarse propiamente de un efecto penal de la condena.

El citado art. 89º del Código Penal, en segundo lugar, estipula que el indulto suprime la pena impuesta. Presupone una sentencia condenatoria firme y se limita a modificar la relación punitiva condonando la pena impuesta. Es una remisión total de la pena, la hace desaparecer. Como tal, señala Sebastián SOLER, es un perdón y extingue la pena, quedando subsistente las condenas civiles [33]. En nuestro sistema jurídico el indulto, como la amnistía, en lo que se refiere a la excarcelación, se ejecuta por la Autoridad Penitenciaria con la sola expedición de la Ley o el Decreto Supremo correspondiente.

El *derecho de gracia*, otorgado por el Presidente de la República, no constituye causa anormal de conclusión de la ejecución, sólo es una causa de extinción de la acción penal que opera antes de la sentencia condenatoria. Por tanto, no es relevante a los efectos de la terminación de la ejecución penal.

La *conmutación de penas*, prevista en el art. 118º.21 de la Constitución, importa la sustitución, realizada por el Presidente de la República en ejercicio del derecho de gracia que le confiere la Ley Fundamental (acto político), de una pena impuesta por sentencia ejecutoriada por otra de menor gravedad. Se trata, en puridad, de un indulto relativo, por lo que importa, según enseña FONTÁN BALESTRA, una remisión parcial de la pena [34].

---

[32] RANIERI: *Manual de Derecho penal*, cit., T. II, p. 364.

[33] SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1983, T. II, pp. 462–463.

[34] FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho penal*, 2a. ed. (2a. reimpr.), Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1980, T. III, p. 455.

ROY FREYRE sostiene que el reemplazo por otra pena sólo puede ser por la que le sigue en estricto orden decreciente en la escala legal, como por ejemplo pena de muerte por cadena perpetua, y ésta por la privativa de libertad no menor de 25 años [35]. Por nuestra parte, empero, no consideramos –vista la amplitud del derecho de gracia que reconoce la Constitución y la ausencia de límites legales al respecto– que la conmutación en tanto atribución presidencial pueda estar limitada al orden decreciente estricto de la escala penal, pues muy bien puede saltar hacia otras sanciones, obviamente menos graves, y dentro de los mínimos y máximos fijados en ellas.

*D. Perdón del ofendido*

El *perdón del ofendido*, que por cierto debe ser prestado de modo expreso y sin condiciones, es una causal que opera exclusivamente en los delitos privados. Es, apunta Sebastián SOLER, un acto unilateral del ofendido cuyo efecto consiste, *per se*, en la extinción de la pena, independientemente de cualquier voluntad del reo [36]. Impuesta la pena mediante fallo firme, el ofendido puede formular el perdón ante el Juez de ejecución. El perdón opera automáticamente y no es renunciable por el ofensor. El Juez deberá declarar sin efecto la sanción y ordenar la anulación o cancelación de los antecedentes que el delito generó.

*E. Prescripción de la pena*

La prescripción de la pena también es una causal de terminación de la ejecución. El art. 86º del Código Penal le fija el mismo plazo para que opere que el de la prescripción de la acción penal. Se computa desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme. Ambos códigos rituales le dan un tratamiento de excepción, pese a que en el presente caso no se trata de un presupuesto procesal incumplido, sino de una extinción de la pena o de una terminación o conclusión de la ejecución, según la perspectiva material o procesal que se adopte. En tal virtud, el Juez de ejecución, ante un pedido de esa naturaleza, debe darle el trámite incidental de las excepciones.

---

[35] ROY FREYRE: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, cit., pp. 250–251.

[36] SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., T. II, p. 464.

*F. Anulación del título de ejecución*

Finalmente, la sentencia condenatoria puede ser *rescindida* al ampararse una acción de revisión o una acción de garantía constitucional. En el primer caso lo hace la Corte Suprema, a través de su Sala Plena (Código de 1940) o de su Sala Penal (Código de 1991). En el segundo caso la anulación del fallo condenatorio es obra de la Sala Especializada del Poder Judicial o, en mérito a un recurso extraordinario, por el Tribunal Constitucional, al declarar fundada una acción de amparo o de hábeas corpus por vulneración del debido proceso o de una garantía de la ley penal.

Otro caso de anulación, según destaca HINOJOSA SEGOVIA, puede provenir de un Tribunal Regional de Derechos Humanos, en nuestro caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estimar que el Estado ha vulnerado los derechos fundamentales de un ciudadano previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos [37]. Un caso típico es el de "*Loayza Tamayo*" [38], en cuya virtud el Poder Judicial dictó la inmediata libertad de una persona que había sido condenada con ostensible violación de la Convención.

[37] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 808.

[38] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de setiembre de 1997.

## BIBLIOGRAFIA


ABAD YUPANQUI, Samuel: «Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales», en: *Lecturas Constitucionales*, Nº 10 (*La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913.

ALMAGRO NOSETE, José: «Teoría general de la prueba en el proceso penal», en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial (Serie: Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992.

ALMAGRO NOSETE, José: *Instituciones de Derecho procesal*, T. III (*Proceso penal*, 1), Trivium, Madrid, 1993.

ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal*, 2ª. ed., Trivium, Madrid, 1994.

ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, T. II, EDIAR, Buenos Aires, 1942.

ALVAREZ, Alejandro E.: «El procedimiento intermedio», en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1974.

ANDÍA CHÁVEZ, Juan: *Repertorio de jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 1996.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: «El Ministerio Fiscal entre el "viejo" y "nuevo" proceso», en: AA.VV.: *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: «La función de las garantías en la actividad probatoria», en: AA.VV.: *Valoración de la prueba*, F&G Editores, Guatemala, 1996.

APARICIO CALVO RUBIO, José: «Dimensión constitucional de la "*reformatio in peius*" en el proceso penal», en: *Actualidad Penal*, 1988–1, Madrid, 1988.

ARANGÜENA FANEGO, Coral: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

ARMENTA DEU, Teresa: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, PPU, Barcelona, 1991.

ARMENTA DEU, Teresa: «Pena y proceso: Fines comunes y fines específicos», en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, Fascículo II, Madrid, 1995.

ASENCIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

ASENCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991.

ASENCIO MELLADO, José María: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», en: AA.VV.: *Los principios del proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos del Poder Judicial), Madrid, 1992.

ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

BACIGALUPO, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

BACRE, Aldo: *Teoría general del proceso*, T. II, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1991.

BARATTA, Alessandro y SILBERNAGL, Michael: «La legislación de emergencia», en: *Doctrina Penal*, Año 8, Nº 29 a 32, Buenos Aires, 1985.

BARONA VILAR, Silvia: *Prisión provisional y medidas alternativas*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1988.

BARONA VILAR, Silvia: «Prisión provisional», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993.

BARONA VILAR, Silvia: *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolas; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

BETTIOL, Giuseppe: *Instituciones de Derecho penal y Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1977.

BIDART CAMPOS, Germán J.: *Los tribunales militares y la Constitución*, EDIAR, Buenos Aires, 1985.

BIDART CAMPOS, Germán J.: «El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina», en: BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997.

BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

BONAVOLONTÀ, Luigi: *Nuovo manuale di procedimento penale*, Pirola Editore, Milano, 1994.

BOVINO, Alberto: «El debate», en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996.

BRAILOVSKY, León: «Incidente», en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XV, Driskill, Buenos Aires, 1989.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: *Código penal comentado*, Editorial El Ferrocarril, Lima, 1966.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: «Significado de la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal», en: *El Magistrado*, Año II, Nº 1, Lima, 1982.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: *Acciones de garantía*, Lima, Editorial Imprenta Marcos, 1984.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: *El Ministerio Público*, SP Editores, Lima, 1984.

BRAMONT ARIAS–TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial San Marcos, Lima, 1997.

BRUZZONE, Gustavo: «Las llamadas "instrucciones de los fiscales"», en: *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal* (dedicada al Ministerio Público), Año 2, Nº 2, Buenos Aires, 1997.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: *Valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, Civitas, Madrid, 1992.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 1997.

BUTRÓN BALIÑA, Pedro: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto: *Teoría general del proceso y de la prueba*, 6ª. ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

CAFETZÓGLUS, Alberto: *Derecho procesal penal*, 2 T., Hammurabi, Buenos Aires, 1978.

CAFETZÓGLUS, Alberto: *Delito y confesión*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *El imputado*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, Córdoba, 1982.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1983.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: «La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales», en su: *Temas de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: «La investigación fiscal preparatoria», en: *Doctrina Penal*, Año 11, Buenos Aires, 1988.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1994.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: «El principio de oportunidad en el derecho argentino», en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996, Buenos Aires, 1996.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: «Proceso penal "mixto" y sistema constitucional», en: *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Buenos Aires, 1997.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: «Imparcialidad del Juez», en: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1996.

CARBONELL MATEU, Carlos; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MENGUAL I LULL, Joan B.: *Enfermedad mental y delito: Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Civitas, Madrid, 1987.

CARBONELL MATEU, Juan: *Derecho penal: Conceptos y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

CARNELUTTI, Francesco: *Derecho y proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1971.

CAROCCA PÉREZ, Alex: «Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España», en: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, Nº 2, abril–junio, Trujillo, 1996.

CAROCCA PÉREZ, Alex: *Garantía constitucional de la defensa procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.

CARRIÓ, Alejandro D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.

CARRIÓN LUGO, Jorge: *El recurso de casación en el Perú (en materia civil, penal y laboral)*, Grijley, Lima, 1997.

CASTÁN TOBEÑAS, José: «Embargo», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VIII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993.

CATACORA GONZÁLES, Manuel: «El auto de apertura de instrucción», en: *El Magistrado*, Año II, Nº 1, Lima, 1982.

CATACORA GONZÁLES, Manuel: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990.

CATACORA GONZÁLES, Manuel: *Manual de Derecho procesal penal*, Rodhas, Lima, 1996.

CATACORA GONZÁLES, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Gráfica Horizonte, Lima, 1998.

CAVALLERO, Ricardo Juan: *Justicia criminal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.

CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994.

CHICHIZOLA, Mario I.: *La excarcelación*, La Ley, Buenos Aires, 1963.

CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, 2 T., Fórum, Bogotá, 1991.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, 7 T., EDIAR, Buenos Aires, 1962.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Derecho procesal penal*, 6 T., EDIAR, Buenos Aires, 1966.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *El proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGER, E.; CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 3ª. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1991.

COLERIO, Juan Pedro: «Recurso de queja por apelación denegada», en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993.

CONDE-PUMPIDO, Ferreiro: «Legalidad vs. oportunidad como criterios de actuación de los Ministerio Públicos», en: *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983.

CÓRDOBA RODA, Juan: *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1972.

CORDÓN, Faustino: *Introducción al Derecho procesal*, 2ª. ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1995.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1996.

COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno. Parte general*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.

CREUS, Carlos: *Derecho procesal penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *El proceso penal*, Palestra, Lima, 1998.

DE LA CRUZ ESPEJO, Marco: *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, FECAT, Lima, 1998.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

DELGADO CALDERÓN, Sergio: *La prejudicialidad en materia penal*, Temis, Bogotá, 1977.

DELGADO GARCÍA, María Dolores: «El agente encubierto: Técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada», en: AA.VV.: *Criminalidad ante la Justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

DELLEPIANE, Antonio: *Nueva teoría de la prueba*, Temis, Bogotá, 1981.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho procesal civil*, 8ª. ed., T. III, Vol. II, Diké, Medellín, 1994.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho procesal*, Editorial ABC, Bogotá, 1996.

DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

EDWARDS, Carlos Enrique: *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco: «Libertad personal, detención arbitraria y Hábeas Corpus: Las novedades de la Constitución de 1993», en: *Temas Constitucionales*, Nº 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

ESCOBAR LÓPEZ, Edgar: «Regulación legal de la consulta en el proceso penal», en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas Del Valle*, Vol. XIII, Nº 21/22, Medellín, 1990.

ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El debido proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.

ESPITIA GARZÓN, Fabio: *Código de Procedimiento Penal comentado*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994.

ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César; PALOMINO MANCHEGO, José F.: «La jurisdicción militar en el Perú», en: BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La reforma procesal penal, 1988–1992*, EDERSA, Madrid, 1992.

FENECH, Miguel: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1952.

FENECH, Miguel: *El proceso penal*, Editorial Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «La jurisdicción militar en la Constitución española», en: BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi: «Los valores de la doble instancia y nomofilaquia», en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996–B, Buenos Aires, 1996.

FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, 2 T., Temis, Bogotá, 1976.

FONT SERRA, Eduardo: *La acción civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1991.

FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho penal*, T. III, 2ª. ed. (2ª. reimpresión), Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1966.

FREYRE VILLAVICENCIO, Herbert: *Manual del juicio oral*, Sesator, Lima, s/f.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1992.

GARCÍA ALBERO, Ramón, *No bis in idem*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1995.

GARCÍA RADA, Domingo: «El juzgamiento en ausencia y la nueva Constitución», en: HURTADO POZO, José (Editor): *La nueva Constitución y el Derecho penal*, EDDILI, Lima, 1980.

GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984.

GARCÍA RIVAS, Nicolás: *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones Universidad–La Mancha, Cuenca, 1996.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio: *Las pruebas en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, 2 Vols., Tecnos, Madrid, 1992.

GIL HERNÁNDEZ, Angel: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995.

GIMENO SENDRA, Vicente: *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos del Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal*, 4ª. ed., T. II (*Proceso penal*), Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, 2ª. ed., Colex, Madrid, 1997.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.

GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1996.

GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, T. III, IDEMSA, Lima, 1997.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2 T., Bosch, Barcelona, 1947.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª. ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.

GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

GOSSEL, Karl–Heinz: «Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras en el proceso penal alemán», en: *Justicia*, Año IV, Nº 85, Barcelona, 1985.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: «Teoría general de la impugnación», en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993.

GRACIA MARTÍN, Luis y MAGUELONE ZODER, Isabel: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

GUARIGLIA, Fabricio: «Las prohibiciones probatorias», en: AA. VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

GUARIGLIA, Fabricio: «Las prohibiciones de valoración probatoria», en: AA. VV.: *Valoración de la prueba*, F & G Editores, Guatemala, 1996.

GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*, 2 T., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982.

HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco: «La prueba preconstituida», en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales (Colección Cursos), Madrid, 1993.

HERRERO HERRERO, César: *La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público*, EDDILI, Lima, 1981.

HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987.

IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

ILLESCAS RUS, Angel Vicente: «Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal», en: *Revista de Derecho Procesal*, Nº 1, Madrid, 1995.

IRAGORRI DÍEZ, Benjamín: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Temis, Bogotá, 1974.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987.

JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 1981.

JESCHECK, Hans–Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco: *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987.

JIMÉNEZ PERICAS, Antonio: *Sobre la prueba ilícitamente obtenida*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José: «La policía judicial: Una necesidad, no un problema», en: *Justicia Penal*, Nº II (Especial), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1987.

*Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, Trujillo, Editora Normas Legales, 1996.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, Grijley, Lima, 1999.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 1976.

LEDESMA, Guillermo A. C.: *Eximición de prisión y excarcelación*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1981.

LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, 3 T., EJEA, Buenos Aires, 1963.

LEVENE (H), Ricardo: *Derecho procesal penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980.

LEVENE (H), Ricardo: «La excarcelación», en: AA.VV.: *Excarcelación y eximición de prisión*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

LEVENE (H), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª. ed., 2 T., Depalma, Buenos Aires, 1993.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando: *De la captura a la excarcelación*, Temis, Bogotá, 1990.

LÓPEZ–BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989.

LÓPEZ–FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991.

LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Terrorismo: Política y derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

LORCA NAVARRETE, Antonio: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986.

LUZÓN CUESTA, José María: *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 1993.

MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho penal*, 5 T., Temis, Bogotá, 1972.

MAIER, Julio B. J.: «La Ordenanza Procesal Penal alemana», en *Doctrina Penal*, Año 2, Nº 5–8, Buenos Aires, 1972.

MAIER, Julio B. J.: *La investigación preparatoria del Ministerio Público*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1975.

MAIER, Julio B. J.: *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1981.

MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, T. I–a y I–b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

MAIER, Julio B. J.: «Delincuencia socio económica y reforma procesal penal», en: *Doctrina Penal*, Año 12, Buenos Aires, 1989.

MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, 2 T., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MAIER, Julio B. J. y LANGER, Máximo: «Acusación y sentencia», en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Buenos Aires, 1996.

MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, 5 T., EJEA, Buenos Aires, 1951.

MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Estudio jurídico–dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

MAPELLI CAFFARENA, Borja: «La ejecución de la medida cautelar de privación de libertad provisional», en *Seminario: Prisión Provisional y derechos fundamentales*, Toledo, octubre de 1996.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: «La prueba indiciaria», en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal*, Comares, Granada, 1996.

MARTÍNEZ–PEREDA RODRÍGUEZ, José: *El proceso por delito privado*, Bosch, Barcelona, 1996.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *El delito fiscal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, EDERSA, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, 2 T., Astrea, Buenos Aires, 1994–1995.

MIGUEL Y ALONSO, Carlos: «Incidentes», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1977.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996.

MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975.

MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, T. I, Ankor, Trujillo, 1982.

MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, T. II, Ankor, Trujillo, 1983.

MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, T. III, Ediciones Jurídicas, Lima, 1988.

MIXÁN MASS, Florencio: *La prueba en el procedimiento penal*, T. IV–A, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990.

MIXÁN MASS, Florencio: *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.

MIXÁN MASS, Florencio: *Prueba indiciaria. Carga de la prueba*, BLG, Trujillo, 1992.

MIXÁN MASS, Florencio: *Teoría de la prueba*, BLG, Trujillo, 1992.

MIXÁN MASS, Florencio: *Juicio oral*, BLG, Trujillo, 1993.

MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Marsol, Trujillo, 1994

MIXÁN MASS, Florencio: *Prueba indiciaria*, BLG, Trujillo, 1994.

MIXÁN MASS, Florencio: *La prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*, BLG, Trujillo, 1995.

MIXÁN MASS, Florencio: *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, BLG, Trujillo, 1996.

MONTERO AROCA, Juan: «Entre la transgresión criminal y la responsabilidad por el resarcimiento», en su: *Ensayos de derecho procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.

MONTERO AROCA, Juan: «Los privilegios en el proceso penal», en: AA.VV.: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, T. II (*Proceso civil, 1ª y 2ª*) y T. III (*Proceso penal*), José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, T. III (*Proceso penal*), Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

MORENO CATENA, Víctor: «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», en: *Poder Judicial*, Nº 2 (Especial), Madrid, 1987.

MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *El nuevo proceso penal: Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.

MUERZA ESPARZA, Julio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1997.

NOGUERA RAMOS, Iván: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, Ediciones Forenses, Lima, 1997.

O'DONNELL, Daniel: *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.

OLIVERA DÍAZ, Guillermo: *Derecho procesal penal*, Lima, 1984.

ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Estudios de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1993.

ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *El período intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

ORREGO MORENO, Alfonso: *Elementos de Derecho procesal penal peruano*, T. I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1985.

ORTELLS RAMOS, Manuel: «Las medidas cautelares en el proceso penal», en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 244, Madrid, 1978.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *El proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1997.

PARADA, Ramón: *Derecho administrativo*, 2 T., Marcial Pons, Madrid, 1995.

PAREDES PÉREZ, Jorge: *Para conocer el proceso penal*, Grijley, Lima, 1998.

PARRA QUIJANO, Jairo: *Derecho procesal civil*, T. I, Temis, Bogotá, 1992.

PASTOR, Daniel R.: «El encarcelamiento preventivo», en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.

PASTOR, Daniel R.: «¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no "convencionales"?», en: MAIER, Julio B. J. (Compilador): *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.

PASTOR, Daniel R.: «Libertad bajo caución en el proceso por delito fiscal», en: AA.VV.: *El derecho penal hoy*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», Ponencia presentada en el *II Congreso de Derecho Procesal de Castilla–León*, Universidad de Salamanca, Salamanca.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», en: *Poder Judicial*, 2º Epoca, Nº 17, Madrid, 1990.

PELLIGRINI GRINOVER, Ada (Editora): *La víctima en el proceso penal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal–Depalma, Buenos Aires, 1997.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Vol. IV, Sagitario, Lima, 1991.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, Grijley, Lima, 1995.

PÉREZ ARROYO, Miguel: *La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida*, Universidad de Castilla–La Mancha, Albacete, 1977.

PÉREZ ARROYO, Miguel: «Las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal peruano», en: *Derecho y Sociedad*, Nº 11, Lima, 1996.

PEYRANO, Jorge Walter: *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

PEYRANO, Jorge Walter: «El recurso de reposición», en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1993.

PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PISAPIA, Gian Domenico: *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Padova, 1988.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, 2 T., IDEMSA, Lima, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: «Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa», en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

PRIETO–CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1982.

PUENTE SEGURA, Leopoldo: *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994.

PUIG PEÑA, Federico: «Comiso», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. IV, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director); VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coordinador) *et. al.*: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

QUIROGA LEÓN, Aníbal: «Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia», en: EGUIGUREN PRAELI, Francisco (Editor): *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Cultural Cuzco, 1987.

RAMOS BOHORQUEZ, Miguel: *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal*, Ediciones y Distribuciones Berrio, Lima, 1995.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3ª. ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993.

RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho penal*, T. II, Temis, Bogotá, 1975.

REBOLLO VARGAS, Rafael: «El arresto de fin de semana», en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

RIVES SEVA, Alfonso Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro: *Medidas cautelares en el proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ DEVESA, Carlos y MARTÍNEZ AZNAR, Germán: *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su jurisprudencia y doctrina de la Fiscalía*, Colex, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La justicia penal negociada*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.

ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, Legrima, Lima, 1997.

RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984.

ROXIN, Claus: «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», en su: *Política criminal y Reforma penal*, Temis, Bogotá, 1982.

ROXIN, Claus: «Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público», en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus; ARTZ, Günther; TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989.

ROY FREYRE, Luis: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1998.

RÚA, Fernando de la: *Proceso y justicia*, Lerner, Buenos Aires, 1980.

RÚA, Fernando de la: *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991.

RUBIANES, Carlos J.: *Manual de Derecho procesal penal*, 4 T., Depalma, Buenos Aires, 1995.

RUBIO CORREA, Marcial: *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.

RUIZ MIGUEL, Carlos: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

RUIZ VADILLO, Enrique: «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en: *Poder Judicial*, Nº 2 (Especial), Madrid, 1987.

RUIZ VADILLO, Enrique: *El derecho penal sustantivo y el proceso penal*, Colex, Madrid, 1997.

RUIZ VADILLO, Enrique: «La responsabilidad derivada del delito», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.

RUSCONI, Maximiliano: «División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público», en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

SALIDO VALLE, Carlos: *La detención policial*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SALOMÓN VÁSQUEZ, Justo David: *Ejecutorias supremas de Derecho Procesal Penal de 1872 a 1972*, Editorial Universo, Lima, 1972.

SAN MARTÍN CASTRO, César: «Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú», en: *Derecho*, Nº 39, Lima, 1985.

SAN MARTÍN CASTRO, César: «La detención en el proceso penal peruano», en: *Derecho penal. Libro Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.

SAN MARTÍN CASTRO, César: «Terrorismo y represión penal: Reflexiones sobre la experiencia peruana», en: GARCÍA SAYÁN, Diego (Editor): *Poder Judicial y Democracia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1991.

SAN MARTÍN CASTRO, César: «Algunos aspectos de la prueba en el nuevo Código Procesal Penal: Una interpretación acusatoria», en: *Revista del Foro*, Año LXXXI, Nº 2, Lima, 1993.

SAN MARTÍN CASTRO, César: «Jurisdicción militar y delitos de función», en: *El Comercio*, Lima, 10 de julio de 1995.

SAN MARTÍN CASTRO, César: «Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito», en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: «La detención en el nuevo Código Procesal Penal Peruano», en: *Derecho*, Nº 46, Lima, 1992.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Comentarios al Código Procesal Penal*, IDEMSA, Lima, 1993.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: «Privación de la libertad personal e implicancias procesales», en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

SANCHÍS CRESPO, Carolina: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1995.

SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos: *El delito militar ordinario*, Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Editorial Industrias Gráficas Pareja, Barcelona, 1974.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Fraude tributario*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1977.

SINTURA VARELA, Francisco José: *Reformas al Procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994.

SINTURA VARELA, Francisco José: *Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia*, Diké, Medellín, 1995.

SOLÉ RIERA, Jaime: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, 5 T., TEA, Buenos Aires, 1983.

SOSA, Gualberto Lucas: «Procedimiento ordinario en segunda instancia», en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1993.

SOSA ARDITI, Enrique y FERNÁNDEZ, José: *Juicio oral en el proceso penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

STRUENSEE, Eberhard: «La prueba prohibida», en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año II, Nº 4, Lima, 1994.

SUAU MOREY, Jaime: *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1995.

TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, 3 T., Lima, 1982–1983.

TAWIL, Guido Santiago: *Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1990.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *La prueba ilícita penal*, Aranzadi, Madrid, 1996.

URTECHO BENITES, Santos: *La cuestión prejudicial en el proceso penal*, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 1978.

VALLE RANDICH, Luis del: *Procedimientos especiales*, Editorial Jurídica, Lima, 1963.

VALLE RANDICH, Luis del: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, Imprenta Liurimsa, Lima, 1966.

VALLE RANDICH, Luis del: *Derecho procesal penal. Parte general*, Volumen segundo, Imprenta Editora Pérez Pacussich, Lima, s/f.

VARELA GÓMEZ, Bernardino: *El recurso de apelación penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

VÁSCONES VEGA, Ricardo: «Las medidas coercitivas en el proceso penal peruano y la nueva Constitución», en: AA.VV.: HURTADO POZO, José (Editor): *La nueva Constitución y el Derecho penal*, Sesator, Lima, 1980.

VÁSQUEZ SOTELO, José: «El ejercicio de la acción civil en el proceso penal», en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.

VECINA CIFUENTES, Javier: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 1994.

VECINA CIFUENTES, Javier: «Las causas de oposición en el juicio ejecutivo ordinario», en: *Aranzadi Civil*, Nº 13, noviembre, Madrid, 1995.

VECINA CIFUENTES, Javier: «El principio de oportunidad en el proceso penal español», en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

VEGA RUIZ, José Augusto de: *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Colex, Madrid, 1994.

VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: «Las normas rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986», en: *Anuario de Derecho Penal '88*, Lima, 1988.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1997.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, 3 T., Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1986.

VERGUER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994.

VÉSCOVI, Enrique: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, 2 T., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971–1970.

VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal. Parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Código Penal*, Grijley, Lima, 1997.

VIVES ANTÓN, T.: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en: *Poder Judicial*, Nº 2 (Especial), Madrid, 1987.

VIVES ANTÓN, Tomás: *La reforma del proceso penal. II. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

VIVES ANTÓN, Tomás: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en: AA.VV.: *Derechos fundamentales y justicia penal*, San José (Costa Rica), 1992.

VIVES ANTÓN, Tomás: «"Ne bis in idem" procesal», en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

VIVES ANTÓN, Tomás: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

ZAMORA–PIERCE, Jesús: *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 1991.

ZARZOSA, Carlos Enrique: «Contienda de competencia», en: *Debate Penal*, Nº 2, mayo–agosto, Lima, 1987.

ZAVALA LOAIZA, Carlos: *El proceso penal y sus problemas*, Lima, 1947.

ZIFFER, Patricia: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

Se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley.